

Santiago, tres de diciembre de dos mil quince.

Vistos:

En estos autos Rol 3.389-2015, caratulados "Cuneo Solari y otros con Superintendencia de Valores y Seguros", juicio sumario de reclamación, los reclamantes y la reclamada dedujeron recursos de casación en la forma y en el fondo, en contra de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó la de primera instancia que rechazó los reclamos deducidos por Juan Bautista Cúneo Solari, Juan Benavides Feliú, Gabriel Héctor Berczely Apor, Eduardo Bellinghausen Pizarro, Alexander Fernández Montenegro, Jaime Sinay Assael, Pablo Lamarca Claro y Ernesto Labatut Soffia, con el objeto de dejar sin efecto lo decidido en las Resoluciones Exentas N° 854, 855, 859, 860 y 861, todas de fecha 31 de diciembre de 2009, por las cuales se les aplicó una sanción pecuniaria ascendente a 300 Unidades de Fomento para cada uno de ellos, por la infracción a los artículos 39 y 41 de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto a los recursos de casación en la forma, deducidos por Gabriel Héctor Berczely Apor y Eduardo Bellinghausen Pizarro, a fojas 3.117, y por Jaime Sinay Assael, a fojas 3.173.

Primero: Que el recurso de casación en la forma deducido por Gabriel Héctor Berczely Apor y Eduardo Bellinghausen Pizarro, esgrime, en primer lugar, la causal contemplada en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 N°4 del mismo cuerpo legal, esto es, la falta de consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia.

Explica que para efectos de acreditar la diligencia en el desempeño de sus funciones, se acompañó al juicio en primera instancia, las actas de las sesiones de directorio que dan cuenta que se les ocultó información, las que no fueron ponderadas por el tribunal, toda vez que la sentencia de primera instancia ningún razonamiento contiene sobre el análisis de la prueba rendida por los reclamantes. Dicha omisión tampoco fue enmendada por el fallo de segunda instancia.

Al referirse a la influencia que este vicio habría tenido en lo dispositivo del fallo, los recurrentes explican que, de haberse analizado toda la prueba documental acompañada, se habría tenido por acreditado que los recurrentes actuaron diligentemente en su desempeño como directores de Farmacias Ahumada S.A. lo que habría llevado a acoger el reclamo de autos.

Segundo: Que, en segundo lugar, se invoca por los recurrentes la causal prevista en el artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, esto es, contener la sentencia decisiones contradictorias.

Expone el recurso que los puntos I y II de lo resolutivo acogen la incidencia del reclamante Pablo Lamarca en cuanto a la extinción de su responsabilidad, por tratarse de una responsabilidad personalísima e intransferible, pero en el resolutivo N° III se rechazan los reclamos de los demás demandantes, desconociendo a su respecto la similitud de la responsabilidad administrativa con la responsabilidad penal, lo que obliga a la aplicación de los principios rectores de esta última rama del derecho, específicamente los de inocencia y tipicidad e impedía que se aplicara el medio de prueba de la presunción para dar por acreditada la falta de diligencia, como imponer a los recurrentes la carga de probar su diligencia. De haberse regido por estos principios - explican los recurrentes - la sentencia recurrida debió acoger el recurso de apelación planteado.

Tercero: Que el segundo recurso de casación en la forma fue deducido por Jaime Sinay Assael esgrimiendo como causal la del artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, esto es, contener la sentencia decisiones contradictorias.

Se funda en que tanto en el fallo recurrido como en el de primera instancia se aplican los principios del derecho penal, relativos a la extinción de la responsabilidad punitiva personalísima, a la luz del artículo 93 del Código Penal, respecto del multado Pablo Lamarca Claro, fallecido después de la emisión de la resolución de multa y antes de la dictación de la sentencia de primera instancia. Sin embargo, no se resuelve de igual forma para los demás sancionados. Explica el recurrente que ello constituye una omisión arbitraria y una contradicción insalvable.

En segundo lugar, esgrime el recurso que existe una contradicción en la aplicación del artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, al reconocer primeramente que se trata de un "derecho", para luego señalar que se trata realmente de un "deber" de los directores y, sobre esa base, construir un tipo administrativo sancionatorio que autoriza a la Superintendencia de Valores y Seguros a castigar la infracción a dicho deber con multa.

Señala que el vicio denunciado produce un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo atendido que de haberse aplicado de forma pareja y no arbitraria los principios del derecho penal y del derecho administrativo sancionador, se habría reconocido que ni el artículo 39 ni el artículo 41 de la Ley N°18.046 establecen infracciones

que traigan aparejada una sanción, por aplicación de los principios de la legalidad y la tipicidad.

Cuarto: Que en lo tocante al primer capítulo de casación, esto es, la falta de consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia, cabe mencionar que el vicio aludido sólo concurre cuando carece de fundamentos fácticos o jurídicos que le sirvan de sustento, es decir, cuando no se desarrollan los razonamientos que lo determinan y carece de normas legales que lo expliquen. Al respecto, la sentencia impugnada reprodujo la de primera instancia que, a la vez, en su considerando décimo señala que los reclamantes no controvirtieron el hecho de no haber recabado información oportuna y veraz, pese a tomar conocimiento de una posible colusión de precios, por lo que concluye que no se desvirtuaron los supuestos fácticos que la Superintendencia de Valores y Seguros sentó como base para efectos de la aplicación de las multas recurridas y, sobre la base de ellos, interpreta los artículos 39 y 41 de la Ley N°18.046, para concluir que los reclamantes no cumplieron el deber de informarse de todo lo relacionado con la marcha de la empresa, debiendo por ello responder de la culpa leve, lo que condujo al rechazo de los reclamos.

Quinto: Que de la lectura del citado considerando décimo del fallo de primer grado, se entiende que los

sentenciadores, al dar por establecidos los hechos fijados con anterioridad por la Superintendencia de Valores y Seguros en las resoluciones de multa, estimaron que la prueba rendida en autos - incluidas las actas de la sesiones de directorio cuyo análisis echan de menos los recurrentes - no fue suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad de que goza el acto administrativo de acuerdo al artículo 3 de la Ley N°19.880, siendo aquello carga de la reclamante.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta evidente que los jueces no realizaron un mayor examen de los documentos acompañados por los actores, los que sólo resultan someramente enumerados para luego llegar a la errada conclusión de que los hechos de la causa no fueron controvertidos y, en consecuencia, tenerlos por ciertos, lo que implica que efectivamente se omitió formular consideraciones de hecho y de derecho respecto de la totalidad de la prueba rendida, incurriéndose entonces en el vicio de nulidad formal del artículo 768 N°5 del Código de Procedimiento Civil.

Sexto: Que, sin embargo, conforme lo dispone el inciso tercero del artículo 768 del mismo cuerpo legal, el error de forma que puede causar la anulación de una sentencia debe ser corregido cuando ha influido substancialmente en lo dispositivo de la misma. En este caso, la causal

invocada se construye sobre la base de que el sólo contenido de las actas no valoradas sería suficiente para tener por acreditada la diligencia o cuidado necesarios para eximir de responsabilidad a los directores reclamantes. Ello no resulta efectivo, por cuanto del mérito de dichos documentos no aparece - al menos con la nitidez invocada en el recurso - que los directores hayan ejercido su derecho a informarse plena y documentadamente de la marcha social, materia que se analizará posteriormente en los considerandos referidos al fondo.

De esta forma, de haberse realizado una ponderación de las mencionadas actas, ello no habría conducido necesariamente a adoptar una decisión distinta, lo que lleva a no admitir el recurso en esta parte, al no haberse invocado un vicio que tenga influencia substancial en lo resuelto.

Séptimo: Que, a continuación, ambos recursos comparten la alegación relativa a la causal prevista en el artículo 768 N°7 del Código de Procedimiento Civil, esto es, contener la sentencia decisiones contradictorias, la que fundan en análogos argumentos.

Para entrar al análisis de la causal expuesta, cabe poner de relieve que debe referirse a decisiones que sean incompatibles entre sí, de manera que no pueden cumplirse simultáneamente por interferir unas con otras, con

prescindencia de las reflexiones o conclusiones consignadas en sus considerandos.

Octavo: Que, en la especie, lo que ha ocurrido es que la sentencia decide de manera distinta para reclamantes que, si bien al principio del proceso se encontraban en igual situación, durante su curso surge un hecho nuevo - cual es la muerte de Pablo Lamarca Claro - que motiva la aplicación de principios diferentes para la resolución de cada uno de los reclamos. De esta forma, se decidió que el fallecimiento traía consigo la extinción de la responsabilidad administrativa del mencionado señor Lamarca, por aplicación supletoria de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, sin embargo, se mantuvo la decisión de aplicar la sanción de multa a los demás reclamantes, por cuanto se tuvo por acreditada la infracción culpable al deber de informarse, construido a partir del tenor de los artículos 39 y 41 de la Ley N°18.046.

De lo anterior, puede concluirse que la resolución que adopta la sentencia recurrida respecto del reclamante Pablo Lamarca, dice relación con su fallecimiento, lo que no contradice la tomada respecto de los demás multados, que se funda en argumentos distintos. Por lo demás, no se aprecia la existencia de decisiones contradictorias que no puedan cumplirse simultáneamente, al decir relación cada una de

ellas con personas y patrimonios diferentes, por todo lo cual este segundo motivo de casación formal tampoco puede prosperar.

Noveno: Que el recurso deducido por Jaime Sinay Assael, denuncia también la existencia de una contradicción al interpretarse el artículo 39 de la Ley N°18.046, porque se señala que alude a un derecho de los directores, para luego resolver que se trataría realmente de un deber.

Sin embargo, esta alegación dice más bien relación con el fondo del asunto y al razonamiento jurídico que realizó el tribunal para arribar a la decisión impugnada, materia que no resulta propio analizar a propósito del presente arbitrio de nulidad formal y que será tratada al examinarse los recursos de casación en el fondo deducidos, debiendo también, por tanto, ser rechazada en esta etapa.

II.- En cuanto a los recursos de casación en el fondo.

Décimo: Que el demandante Juan Cúneo Solari deduce recurso de casación en el fondo, denunciando, en primer lugar, la infracción de los artículos 4 letra r) y 30 inciso 4° del Decreto Ley N°3.538, que contiene el Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Valores y Seguros, en relación a los artículos 1.698, 1.700 y 1.702 del Código Civil y 346 N°4, 355 inciso 2° y 686 del Código de Procedimiento Civil.

Explica que el artículo 4 letra r) del Decreto Ley N°3.538, establece para la Superintendencia de Valores y Seguros la obligación de valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, este sistema de valoración no se extiende al tribunal, quien debió aplicar las normas del Código de Procedimiento Civil en su Título XI del Libro II. Ello hubiese llevado a que, al no haber sido objetados los documentos aportados por su parte, debió dárseles valor de instrumentos públicos y por acreditados los hechos sostenidos por Juan Cúneo Solari en lo relativo a su participación en los hechos.

Agrega que la sentencia que se recurre no se hace cargo, tampoco, en parte alguna de analizar la prueba rendida, ni de los elementos que conforman el concepto y contenido de la "sana crítica", de suerte que lo resuelto queda desprovisto de todo fundamento violándose incluso la garantía constitucional del debido proceso.

Undécimo: Que el artículo 4 letra r) del Decreto Ley N°3.538, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, cuya infracción se denuncia, establece que *"Corresponde a la Superintendencia velar porque las personas o instituciones fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan, y, sin perjuicio de las facultades que éstos le otorguen,*

está investida de las siguientes atribuciones generales:

(...)

"r) En asuntos civiles, presentar a los tribunales de justicia informes escritos respecto de los hechos que hubiere constatado, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica y se les podrá otorgar el carácter de plena prueba"

Por su parte, el artículo 30 inciso cuarto del mismo cuerpo legal, señala respecto de las multas impuestas por la Superintendencia de Valores y Seguros, que *"La reclamación se resolverá en juicio sumario y su sentencia podrá ser apelada"*.

De la lectura de estas disposiciones se desprende que el artículo 4 letra r), ya transcrito, dice relación con los informes que emita la Superintendencia de Valores y Seguros cuando le sean solicitados en el marco de asuntos civiles, documentos que se analizarán de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, tal como señala el recurso, resulta claro que no es la disposición que regula la ponderación de las probanzas para el caso de autos.

En efecto, el procedimiento relativo a la reclamación deducida en contra de las multas impuestas por la Superintendencia de Valores y Seguros se rige por las normas del juicio sumario, de acuerdo al artículo 30 del

Decreto Ley N°3538, lo que reconduce a las normas del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo a las cuales la prueba rendida se analiza conforme a las reglas de la prueba legal o tasada y no de acuerdo a la sana crítica como erradamente refiere el tribunal de primera instancia en su considerando décimo, reproducido por el de segunda.

Duodécimo: Que los argumentos vertidos por el recurrente en el presente capítulo de nulidad vienen asociados al hecho de que, según estima, de haberse analizado correctamente la prueba conforme al sistema legal o tasado, habría implicado que el tribunal debió haber dado a los documentos acompañados por su parte - instrumentos privados no objetados de contrario - a la luz de los artículos 1.700 y 1.702 del Código Civil, el valor de plena prueba lo que, a su juicio, habría permitido concluir que los directores de Farmacias Ahumada S.A. no tenían indicio alguno para descubrir que estaban siendo objeto de un engaño por parte del presidente del directorio, el vicepresidente ejecutivo y el fiscal de la compañía, lo que habría conducido a su exoneración de responsabilidad.

Es pertinente traer a colación en este análisis que la resolución Exenta N°855 de 31 de diciembre del año 2009, de la Superintendencia de Valores y Seguros que impone la multa a Juan Cúneo Solari, lo hizo por incumplimiento del

deber de ejercer su derecho a estar plenamente informado sobre la marcha de la empresa.

Dicha resolución, por ser un acto administrativo, goza de la presunción de legalidad establecida en el artículo 3 de la Ley N°19.880, recayendo sobre el reclamante el peso de la prueba para desvirtuar tal presunción, acorde a lo preceptuado en el artículo 47 del Código Civil.

En razón de lo anterior, debía acreditarse que el director no incurrió en la omisión que la Superintendencia le atribuye.

Cabe tener presente que los instrumentos públicos hacen plena fe contra los declarantes en cuanto a la verdad de las declaraciones que en ellos se contienen, no en contra de la Superintendencia. Pero el análisis para decidir si el error de derecho que se atribuye a los sentenciadores tiene influencia en lo decisivo del fallo no radica en la valoración que éstos hicieron de los documentos privados acompañados, no objetados, sino en la pertinencia de ellos para acreditar que los directores ejercieron su derecho a ser informados en forma plena y documentada. Afirma el recurrente que de haberse valorado y otorgado el valor de plena prueba - lo que no podía hacerse respecto de la Superintendencia - se habría acreditado que los directores no tenían indicios para descubrir que

estaban siendo engañados y habrían sido exonerados de responsabilidad.

Los documentos referidos nada prueban en orden a desvirtuar la presunción de legalidad de la resolución sancionatoria, en cuanto a que los directores ejercieron su derecho a informarse plena y documentadamente, toda vez que, como lo afirma el recurrente, acreditarían el engaño de que fueron objeto por parte del presidente del directorio, el vicepresidente ejecutivo y el fiscal de la compañía.

Décimo Tercero: Que, en estrados, al referirse a esta causal, el recurrente pone énfasis en la falta de valoración de las actas de las sesiones de directorio, que fueron acompañadas al proceso. Sin embargo, el acta del día 18 de diciembre de 2008 indica que el Fiscal Corporativo señor Sergio Mesías *"da cuenta detallada del requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la sociedad, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Analiza las peticiones formuladas y argumentos hechos valer por la FNE en el requerimiento; el rechazo por el TDLC de la solicitud de dos parlamentarios para hacerse parte en el proceso; el procedimiento y tiempos estimados de duración; la evaluación preliminar del abogado especialista en temas de libre competencia Sra. Nicole Nehme; y los precedentes que existen en casos similares*

tratados ante el TDLC". Luego de las sesiones de 20 y 23 de enero de 2009, convocadas pero finalmente no celebradas, las actas siguientes de 29 de enero, 26 de febrero y 2 de marzo del mismo año, nada contienen sobre el punto hasta el día 23 del mismo mes, cuando se da cuenta del acuerdo conciliatorio.

Por su parte, la Ficha Estadística Codificada Uniforme (FECU), aprobada en Comité de Directores de 26 de febrero de 2009 y la memoria de Farmacias Ahumada S.A. para el año 2008, respecto del requerimiento sólo indican que *"en opinión de los asesores legales de la Sociedad, el requerimiento no debiera prosperar en la forma en que ha sido planteado"*.

Tratándose de documentos privados, no objetados, resultan aplicables los razonamientos ya expuestos en el considerando precedente.

Décimo Cuarto: Que, en consecuencia, aun cuando es cierto que la sentencia impugnada incurre en error al señalar que la prueba se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica, su remoción no conduciría a modificar lo decidido, de manera que el recurso de casación en el fondo por este motivo debe ser desestimado.

Décimo Quinto: Que en segundo lugar, se denuncia la infracción al artículo 49 de la Ley N° 18.046 en relación a

los artículos 31, 39, 40, 41 y 50 de la misma ley, además de los artículos 1448 y 2129 del Código Civil.

Se funda este capítulo en que toda transgresión que comprometa la responsabilidad de directores y gerentes de las sociedades anónimas, debe fundarse en la falta de diligencia y cuidado que corresponde al modelo establecido en la ley. En la sentencia recurrida, esgrime, se infringen los artículos citados toda vez que se aplica una sanción prescindiendo del análisis de la conducta objetada y de la manera en que quebranta el deber de diligencia y cuidado impuestos en la ley (culpa leve, descuido leve, descuido ligero).

Agrega que los directores de sociedades anónimas tienen derecho a ser informados plena y documentadamente por los gerentes sobre la marcha de la empresa. Así lo establece, en términos formales y explícitos, el artículo 39 inciso 2° de la Ley N°18.046, restringiendo la facultad de los directores a exigir mayores antecedentes si el ejercicio de este derecho "afecta la gestión social". Por ende, puede el director, en el desempeño de sus funciones, reclamar mayores antecedentes, sujeto, empero, a dos exigencias esenciales: que estime que lo informado es insuficiente; y que no afecta con ello la marcha de la empresa.

Considera que, en el presente caso, el directorio fue informado detalladamente por el Gerente General, estimándose que no eran necesarios mayores antecedentes ante la certidumbre que proyectaba la información recibida. Sin embargo, los datos proporcionados eran deliberadamente falsos y tenían por objeto inducir a error al Directorio de Farmacias Ahumada S.A. Entonces, lo que correspondía hacer frente a tal situación, era aplicar el régimen de responsabilidad regulado en los artículos 31, 39, 40, 41 y 50 de la Ley N°18.046, todos los cuales fueron infringidos en el fallo, aplicándose una sanción que carece de todo sustento jurídico.

Indica la defensa que el señor Cúneo fue sancionado porque, objetivamente, no reclamó mayores antecedentes, a pesar de considerar que lo informado era suficiente, lo cual se desvincula de los deberes y derechos que le asistían, transformando una responsabilidad subjetiva en objetiva. En este sentido, denuncia que la sentencia recurrida confunde la falta de información con la información falsa proveniente de la plana administrativa superior de la compañía y, con ello, el fallo en alzada en lugar de establecer los deberes del director conforme el modelo adoptado en la ley (culpa leve), lisa y llanamente le sanciona por un hecho objetivo desvinculado del deber de cuidado que le correspondía desplegar.

Finaliza este capítulo señalando que la sentencia omite toda referencia a la responsabilidad asumida por el director de una sociedad anónima, quebranta así el régimen de responsabilidad de los directores - a pesar de la clara terminología del artículo 41 de la Ley N°18.046 - y aplica una sanción sin consideración alguna al grado de diligencia y cuidado de que responde el director sancionado, todo lo cual ha tenido influencia en lo dispositivo del fallo, por cuanto de haberse aplicado correctamente las disposiciones infringidas, se habría concluido que los directores fueron engañados y que, conforme al nivel de diligencia que les correspondía desplegar, no estaban en posición de detectar esa circunstancia, lo que les exime de responsabilidad.

Décimo Sexto: Que, en tercer lugar, se esgrime la infracción al artículo 49 de la Ley N° 18.046 en relación con los artículos 40 y 41 de la misma y artículos 19, 44, 1448, 1698 y 2155 del Código Civil.

Alega que las facultades que la ley confiere al gerente general se consagran en función de su deber de información al directorio de la sociedad, haciéndolo responsable cuando ello se traduce en decisiones perjudiciales para la sociedad. Si la información proporcionada por la administración al Directorio es falsa, mendaz y malintencionada, como estima que ocurre en el presente caso, no puede exigirse a los miembros del

directorio descubrir la falacia, pasando por sobre la presunción de verdad de que está revestida, salvo cuando de los antecedentes se desprenda que en ejercicio de sus funciones ordinarias pudo y debió descubrir el engaño (artículo 41 de la Ley N°18.046). Si dicha presunción no existiera, agrega, el funcionamiento de la sociedad se haría imposible porque cada director debería asumir la tarea de investigar e indagar personalmente cada antecedente que emanara de la administración. En este sentido, la recta interpretación de la disposición citada excluye la responsabilidad de los directores, ya que la "intención o espíritu" de la norma infringida, como se desprende claramente de su propio tenor, no puede ser otro que imputar la responsabilidad al gerente general cuando induce dolosamente a error a los directores al dar cuenta de su cometido y a éstos cuando el engaño cae en la órbita de sus deberes de vigilancia y control.

En síntesis, estima que los artículos 39 y 41 de la Ley N°18.046, fundamento jurídico de la sanción aplicada, conforman un estatuto que, de acuerdo a las normas citadas, se basa en una presunción de veracidad de cuanto informa la administración al directorio de una sociedad anónima, correspondiendo a los directores responder sólo si se acredita que, atendida la naturaleza y alcance de la

información y de los hechos que la rodean, estaba obligado a detectar la falsedad informada.

Por lo anterior, esgrime que la sanción impuesta no tiene fundamento jurídico alguno, se sanciona por no solicitar mayores antecedentes, sin decir cuáles eran, cuál era su finalidad o a quién pedirselos. De esta forma, de haber entendido los sentenciadores que debía presumirse la veracidad de la información entregada a los directores por la administración, se habría concluido que el grado de culpa de que responden no les obligaba a solicitar información adicional y, por tanto, se habría acogido el reclamo deducido.

Décimo Séptimo: Que deduce recurso de casación en el fondo el demandante Alexander Fernández Montenegro, denunciando, en primer lugar, infracción a los artículos 39 y 41 Ley N° 18.046 y 44 del Código Civil.

Funda este primer motivo de nulidad en que los directores ejercen su derecho a ser informados a través del gerente o quien haga sus veces, mientras que la sentencia recurrida exige a los directores que descubran el engaño de que fueron objeto por una vía distinta, obligando a presumir la mala fe del gerente y prescindiendo del mandato expreso del artículo 39 de la Ley N°18.046. Sin embargo, de así hacerlo, estima esta defensa, el director estaría

actuando fuera de sus facultades y sin la debida diligencia.

Por otro lado, en su concepto, la Superintendencia de Valores y Seguros no ha reprochado negligencia en relación a los deberes y obligaciones del directorio, sino el ejercicio negligente del derecho a la información. En este sentido, no se imputó infracción a una obligación específica sino falta de diligencia en su ejercicio. Sin embargo, estima, aun siendo extremadamente diligente no habría sido posible descubrir la información ocultada por el presidente y vicepresidente de la compañía.

Décimo Octavo: Que, en un segundo capítulo de nulidad, denuncia la infracción al artículo 47 del Código Civil, fundado en que la multa se aplicó en el ejercicio de las facultades sancionatorias de la Superintendencia de Valores y Seguros, por lo que considera se rige por las normas del derecho penal, entre ellas, la presunción de inocencia.

Sin embargo, en este caso su parte acreditó que se ocultó dolosamente información al directorio, por lo que no es posible presumir que no se actuó con la debida diligencia. En este sentido, no hay antecedente alguno en el proceso que acredite infracción a las normas del artículo 39 de la Ley N°18.046, ni que su representado haya dejado de obrar en el ejercicio de sus funciones de director, con la debida diligencia.

Por otro lado, se infringe también el mencionado artículo 47 en cuanto se tiene por cierta la falta de diligencia del señor Fernández a partir de una presunción de culpa basada en indicios no acreditados.

En concepto del recurrente, de haberse aplicado correctamente la normativa que estima infringida, el sentenciador no habría podido concluir, como lo hizo, que se acreditó la culpa en el actuar del señor Fernández por no ejercer diligentemente su derecho a recabar información de los delegados del directorio, ni calificar su conducta como negligente.

Décimo Noveno: Que deducen recurso de casación en el fondo los demandantes Gabriel Héctor Berczely Apor y Eduardo Bellinghausen Pizarro, denunciando primeramente, la infracción al artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, en relación al artículo 9 del Pacto San José de Costa Rica, y a los artículos 4 y 340 Código Procesal Penal.

Fundan esta primera alegación en que la prueba de la negligencia, tanto en materia civil extracontractual como penal, corresponde al acusador y la inocencia se presume, mientras que, en este caso, no hay elementos probatorios que justifiquen la imputación de negligencia.

En segundo lugar, el recurso da por transgredido el artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política

de la República, reproduciendo los mismos argumentos y agregando que el principio constitucional de tipicidad impedía que se sancionara a los directores por no haber ejercido debidamente su derecho a ser informados, ya que en parte alguna de la Ley N°18.046 o del Decreto Ley N°3.538 se tipifica como una conducta a ser sancionada. Por lo anterior, no podría haberse condenado a los recurrentes al pago de la multa impuesta.

En un tercer acápite, denuncia infracción a los artículos 1.698 y 1.547 del Código Civil, por cuanto se alteró la carga de la prueba, al imponer una sanción sobre la base que los directores no probaron el cumplimiento de su deber dirigido a un sano y buen gobierno societario. En este sentido, estima que el artículo 1.547 del Código Civil no tiene aplicación en este caso, ya que se refiere sólo a la responsabilidad contractual y no a la penal o extracontractual, como es este caso.

En un cuarto capítulo de casación, esgrime una incorrecta interpretación del artículo 39 inciso 2° de la Ley N°18.046 y de los artículos 19 inciso 1°, 20 y 22 del Código Civil, por cuanto se interpreta la norma del artículo 39 de la Ley sobre Sociedades Anónimas como si impusiera una obligación, cuando en realidad consagra un derecho. Por tanto, no corresponde sancionar con multa ni de ninguna otra forma el supuesto no ejercicio de un

derecho, toda vez que cuando la ley ha querido establecer ciertas actuaciones como obligatorias así lo ha dicho claramente.

En quinto lugar, da por infringidos los artículos 48 de la Ley N°18.046 y 19, 20 y 22 del Código Civil, toda vez que el hecho que en un acta no se deje constancia que se trató un tema no implica que no haya ocurrido. Alegan que hubo varias sesiones en que se consultó acerca del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, de lo que no quedó constancia, por cuanto en las actas solo se consignan los acuerdos y las deliberaciones. Sin embargo, la sentencia recurrida entiende que por no estar el tema contenido en las actas, no fue consultado por los directores y, por ello, impone la multa, lo que configura la infracción de ley denunciada.

Finalmente, estima infringido el artículo 13 del Código Civil en relación con los artículos 30 y 46 del Decreto Ley N° 3.538, ya que el considerando 9° de la sentencia de primera instancia, reproducido por la de segunda, indica que su parte debió haber reclamado la ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago y no haber deducido el reclamo que consagra el artículo 30 del referido decreto ley. Esto es una infracción al artículo 13 del Código Civil, que consagra el principio de especialidad. En este caso, se reclamó de la aplicación de

una multa, conforme al artículo 30. Asevera que, si hubiese reclamado según el artículo 46 del mismo cuerpo legal, su reclamo habría sido rechazado de plano en virtud del señalado principio de especialidad.

Todas estas infracciones, afirma, han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que de no haberse incurrido en ellas no se habría presumido un hecho falso, que constituye el fundamento de la sentencia recurrida, cual es la supuesta negligencia, obviando que el presidente y el gerente general de Farmacias Ahumada S.A. fueron sancionados por ocultar información al directorio.

Vigésimo: Que deduce recurso de casación en el fondo el demandante Ernesto Labatut Soffia. Denuncia, en primer lugar, infracción al artículo 30 del Decreto Ley N°3.538 en relación al artículo 46 del mismo Decreto Ley y artículo 22 del Código Civil, toda vez que la sentencia señala que no es posible reclamar vicios de legalidad sino a través del procedimiento del artículo 46. Sin embargo, el artículo 30 del mismo cuerpo legal se circunscribe a la impugnación de multas y sus montos, lo que no sólo comprende puntos de hecho sino también de derecho, porque la ley no distingue. Por su parte, el artículo 46 permite reclamar de normas de carácter general, instrucciones, resoluciones y otras que causen perjuicio al reclamante.

Por tanto, alega que la reclamación contemplada en el artículo 30 permite denunciar vicios de legalidad y así debió haberlo declarado la sentencia recurrida.

En segundo lugar, esgrime infracción a los artículos 19 N° 3 y 76 de la Constitución Política de la República, artículo 15 de la Ley N°19.880, artículo 2 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado N°18.575, artículos 5 y 10 del Código Orgánico de Tribunales y artículo 208 Código de Procedimiento Civil, que se refieren al principio de impugnabilidad de los actos administrativos. En este caso, se ha inhibido a la parte de reclamar judicialmente del acto administrativo en su totalidad, lo que le provoca un daño en cuanto al pago de la multa y también en su imagen.

Agrega que la resolución impugnada hace presente que procede el recurso del artículo 30 del Decreto Ley N°3.538 o la reposición administrativa, pero no hace referencia al artículo 46, mientras que la Superintendencia de Valores y Seguros le impugna la utilización de la vía del artículo 30, lo que no fue enmendado por la sentencia recurrida. En este sentido, estima se infringe con ello también la garantía del debido proceso y el principio de inexcusabilidad.

En un tercer capítulo de nulidad, alega infracción al artículo 41 de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas,

en relación a los artículos 6, 7, 19 N°2 y N° 3 de la Constitución Política de la República, toda vez que la sanción que se impone está en abierta infracción al principio de legalidad de la pena, ya que los tribunales de la instancia hacen una interpretación analógica del artículo 41 de la Ley N°18.046, dictado para regular la responsabilidad civil de los directores y no para servir de fundamento a la imposición de sanciones administrativas. En concordancia con lo anterior, indica que el artículo 41 no prohíbe específicamente ninguna conducta que pueda considerarse infracción administrativa, sino que es una norma general de responsabilidad, a lo más, civil. Por tanto, la disposición se aplicó a un caso al que no corresponde, infringiendo también el bloque constitucional de legalidad, tipicidad y reserva legal.

Alega, a continuación, infracción al artículo 39 de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas, porque la sentencia recurrida estructura una sanción administrativa por la presunta infracción al artículo 39, que no establece una prohibición de conducta o un deber que lleve aparejada la imposición de una sanción. A su juicio, el artículo 39 consagra una facultad y no un deber, pero tanto el órgano administrativo como la sentencia recurrida lo interpretan "*como si fuera*" un deber, lo que implica una interpretación analógica.

En este capítulo nuevamente alega infracción a principios constitucionales de legalidad y tipicidad, que contempla el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República.

En quinto lugar, da por infringidos los artículos 39 y 41 de la Ley N°18.046 en relación al artículo 44 del Código Civil, por cuanto se impuso un grado de responsabilidad no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Expone que es un hecho no discutido que la administración de Farmacias Ahumada S.A. ocultó información al directorio y presentó una realidad ficta, lo que incluso motivó una sanción por parte de la Superintendencia de Valores y Seguros a Alejandro Roseblatt y José Codner, lo que da cuenta de la exoneración de responsabilidad de Ernesto Labatut.

Reitera, en este sentido, que el artículo 39 consagra derechos y no conductas cuya infracción tenga aparejada una sanción y que el artículo 41 impone sólo un cuidado mediano, con el cual ha cumplido, considerando su calidad de director independiente del artículo 50 bis de la Ley N°18.046, mientras que la sentencia recurrida le impone una culpa levisima.

Finalmente, indica que la sentencia impugnada infringe también el artículo 41 de la Ley N°18.046, en relación a los artículos 2.314 y 2.339 Código Civil y artículo 27 inciso 2° del Decreto Ley N° 3.538, por una falta de

relación de causalidad entre las omisiones que se imputan y un presunto daño que no se explicita, que se supone existente, pero que no está acreditado. Expresa que ninguna actividad que pudiese haber desplegado el director habría tenido la virtud de modificar la decisión consciente y deliberada de los ejecutivos de ocultar la realidad, lo que hace imposible imputar a Ernesto Labatut algún resultado, ya que no tuvo manejo del curso causal.

Por otra parte, afirma que al no haberse expresado el resultado que se atribuye a la negligencia, también se infringe el artículo 27 del Decreto Ley N°3.538 que dispone que el monto específico de la multa se determinará considerando las consecuencias del hecho, entre otros factores.

En cuanto a la influencia de estos vicios en lo dispositivo del fallo, señala que de haberse efectuado una correcta aplicación de la ley, forzosamente se habría concluido la ausencia de daño y causalidad en la actuación del recurrente, dejando sin efecto la multa impuesta.

Vigésimo Primero: Que deduce recurso de casación en el fondo Jaime Sinay Assael, dando por infringido, en primer lugar, el artículo 39 de la Ley N°18.046, por cuanto esta norma contempla un derecho y no una obligación que tenga asociada como sanción una multa.

De acuerdo a los hechos de la causa, afirma que no pudo existir indicio alguno que permitiera a Jaime Sinay desconfiar del resto de la mesa directiva, ya que precisamente el presidente del directorio José Codner y el vicepresidente ejecutivo Alejandro Roseblatt, se encargaron deliberadamente de ocultar toda la información referida a la investigación seguida por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada S.A., como, asimismo, silenciaron el acuerdo conciliatorio arribado con este último organismo. Por estos hechos, Codner y Roseblatt fueron debidamente sancionados, como consta en este proceso.

Por lo mismo, la obtención de información adicional por parte de Jaime Sinay no es que fuera imposible, pero sí extremadamente difícil, y hubiera requerido claramente un estándar de conducta distinto al exigido por la ley a los directores, quienes prácticamente debieron haberse comportado como detectives de sus pares y vigilarlos hasta descubrir el engaño del que fueron víctimas. Existe, por lo tanto, en la sentencia recurrida, una conducta que es inexigible a su parte.

Lo anterior, sin perjuicio que el mencionado artículo 39 en parte alguna impone una obligación a los directores. Sin embargo, aun cuando se estimara que esta norma establece esa obligación, en este caso concreto, dada la

ocultación previamente sancionada, no era exigible, configurándose entonces una aplicación errónea al caso.

En segundo lugar, denuncia infracción al artículo 41 de la Ley N°18.046, esgrimiendo que esta norma, al igual que el artículo 39 del mismo cuerpo legal, no describe conducta alguna que constituya una infracción susceptible de ser sancionada en la forma como lo ha dictaminado la Superintendencia de Valores y Seguros y el fallo recurrido. Estima que lo único que esta norma hace es establecer un estándar de diligencia exigible en el marco de la responsabilidad civil que los accionistas pueden reclamar de los directores.

Agrega que no existe en esta disposición la descripción de una conducta concreta que se haya calificado como una infracción a la ley, sancionable con una multa por parte de la autoridad. Esta inexistencia es suplida por la Superintendencia de Valores y Seguros - en una tesis avalada por el fallo impugnado - por la vía de convertir el artículo 41 en lo que no es, en circunstancias que sólo establece un estándar de diligencia civil exigible a los directores. Por lo mismo, la aplicación que se hace de esta norma en la sentencia, dándole un soporte a la infracción cursada, corresponde a una infracción a la propia ley.

Indica que el mencionado artículo 41 ha sido aplicado erróneamente a los hechos del caso, ya que de su tenor

literal no se puede desprender conducta específica alguna exigible a los directores de una sociedad anónima, y menos para fundar una infracción y sanción administrativa. Asimismo, y aun cuando esa conducta existiera, de todas formas en este proceso no se ha acreditado perjuicio ni daño alguno que sirva de base para un ilícito civil.

Estima que estos vicios han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto la correcta interpretación de las normas jamás habría podido servir para sustentar una multa por una infracción administrativa, como la que ha decidido mantener la sentencia recurrida.

Vigésimo Segundo: Que los magistrados de segunda instancia confirmaron lo decidido por el a quo que rechazó el reclamo, al considerar que los reclamantes no cumplieron con el deber de informarse de la marcha de los negocios sociales, respondiendo por ello de culpa leve, a la luz de los artículos 39 y 41 de la Ley N°18.046, lo que motivó la mantención de las multas cursadas, salvo el caso del reclamante Pablo Lamarca Claro, cuyo fallecimiento se estimó produce el efecto de extinguir su responsabilidad, por así establecerlo el artículo 93 del Código Penal. También determinaron que el reclamo de multa no permite alegaciones de ilegalidad, al tenor de la interpretación que realizan del artículo 30 del Decreto Ley N°3.538.

Vigésimo Tercero: Que un primer motivo de nulidad que comparten los recursos, radica en la interpretación de los artículos 30 y 46 del Decreto Ley N°3.538, en lo relativo al ámbito de aplicación de los procedimientos que cada uno establece y las materias que admiten discusión en ellos. Para dicho análisis, resulta pertinente establecer que la primera de estas normas señala que *"El afectado podrá reclamar de la aplicación de la multa o de su monto ante el juez de letras en lo civil que corresponda, dentro del plazo de diez días indicado en el inciso anterior, previa consignación del 25% del monto total de la multa, en la Tesorería General de la República. La consignación no podrá ser superior al equivalente a 500 unidades de fomento o a 1.000 unidades de fomento, si la multa se aplicare a una persona natural o a una persona jurídica, respectivamente, salvo que se trate de infracciones reiteradas o de aquellas del Título XXI de la ley N° 18.045 en cuyo caso se deberá consignar el 25%.*

"Deducida oportunamente la reclamación, se suspenderá el plazo establecido para el pago de la multa, sin perjuicio que los intereses a que se refiere el artículo 34, se devenguen desde el undécimo día de notificada la resolución de la Superintendencia que aplicó la multa. En todo caso, la notificación de la demanda deberá practicarse por cédula conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del

Código de Procedimiento Civil, dentro de los diez días hábiles siguientes de vencido el plazo para su interposición.

"La reclamación se resolverá en juicio sumario y su sentencia podrá ser apelada.

"Las sentencias de primera y segunda instancias que no den lugar a la reclamación, condenarán necesariamente en costas al reclamante.

"El pago de la multa más los reajustes e intereses a que se refiere el artículo 34 deberán efectuarse dentro de quinto día de ejecutoriado el fallo".

Por su parte, el artículo 46 del mismo cuerpo legal señala, en su inciso primero, que *"Las personas que estimen que una norma de carácter general, instrucción, comunicación, resolución o una omisión de la Superintendencia es ilegal y les causa perjuicio, podrán reclamar de ella ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que previamente deberá pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, para lo cual el reclamante señalará en su escrito, con precisión, la disposición que supone infringida, la forma en que se ha producido la infracción y las razones por las cuales ésta lo perjudica".*

Vigésimo Cuarto: Que, de la interpretación armónica de ambas normas, aparece que el reclamo de ilegalidad establecido en el artículo 46 ya citado dice relación con

"una norma de carácter general, instrucción, comunicación, resolución o una omisión de la Superintendencia", esto es, se trata de un procedimiento establecido específicamente para impugnar decisiones del órgano administrativo en ejercicio de las facultades que su Ley Orgánica le atribuye en el artículo 4. Por tanto, dicho precepto no tiene relación alguna con el reclamo de multa plasmado en estos antecedentes, siendo el artículo 30 del mismo cuerpo legal la norma que, a la luz del principio de especialidad, corresponde aplicar al caso de autos.

La citada disposición en su inciso segundo dispone que *"El afectado podrá reclamar de la aplicación de la multa o de su monto ante el juez de letras en lo civil que corresponda (...)",* lo cual es comprensivo de todos los antecedentes que se tuvieron a la vista para la imposición de la sanción, la posibilidad del administrado de controvertir el hecho base imputado y el resguardo de los principios que informan el derecho al debido proceso, que incluye la necesidad de ser notificado de las resoluciones que en el procedimiento administrativo se dicten, la posibilidad de rendir prueba en apoyo a sus asertos y, finalmente, el derecho a controvertir lo resuelto ante los Tribunales de Justicia. En otros términos, el reclamo de la resolución de la Superintendencia de Valores y Seguros que

impone una multa incluye la discusión de todos los aspectos de forma y fondo que fundaron la actuación administrativa.

Vigésimo Quinto: Que, de lo anterior, se desprende que los jueces de la instancia efectivamente incurrieron en un error de derecho al impedir a los reclamantes plantear alegaciones de ilegalidad del procedimiento administrativo, por la vía de la interpretación restrictiva que se hizo del ámbito de aplicación del tantas veces mencionado artículo 30.

Vigésimo Sexto: Que, a continuación, corresponde determinar si el mencionado error de derecho tiene influencia sustantiva en lo dispositivo del fallo.

En este sentido, el planteamiento de ilegalidad realizado por los recurrentes dice relación - además de las materias de fondo, que serán analizadas a continuación - con una infracción a los principios del debido proceso. Sin embargo, rola en autos copia íntegra acompañada por la Superintendencia de Valores y Seguros, del procedimiento administrativo previo seguido en contra de los multados, no objetada, del cual aparece que todos tuvieron la oportunidad de evacuar descargos sin limitaciones de ningún orden, planteando cuestiones propias de alegaciones de ilegalidad, que se recibió la causa a prueba permitiéndoles rendirla, que fueron debidamente notificados de todas las resoluciones dictadas en el proceso, incluyendo aquella que

le pone término y cursa las multas en su contra y, por último, dedujeron todos oportunamente los recursos que la ley franquea para impugnar la señalada decisión, cuestionando aspectos de orden sustantivo, sobre los que se emitió decisión y que ahora se cuestiona por los recursos que se examinan. De esta forma, examinado el mérito formal del procedimiento administrativo que culminó con la imposición de las multas, aparece que en su tramitación no se vulneraron normas relativas al debido proceso.

De lo anterior se desprende que el mencionado error de derecho en que incurrieron los jueces del fondo no ha tenido una influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto los vicios de ilegalidad formales cuya discusión se impidió en la instancia, en realidad no se observan toda vez que los multados pudieron hacer todo tipo de alegaciones relativas a las materias ya descritas en el considerando vigésimo cuarto precedente, tanto en lo formal como en lo sustantivo, de manera que el presente capítulo de nulidad deberá necesariamente ser rechazado.

Vigésimo Séptimo: Que, en lo demás, los vicios denunciados por cada uno de los recursos pueden ser reconducidos a la interpretación de los artículos 39 y 41 de la Ley N°18.046, en el sentido que, la combinación de ellos, permitió al tribunal construir un deber de los directores de informarse de la marcha de los negocios

sociales, cuyo incumplimiento los hace responder de culpa leve.

En efecto, tanto los jueces de primera como de segunda instancia tuvieron por establecido que la mencionada normativa obligaba a los directores reclamantes a pedir mayor información en relación al requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada S.A., sin que les fuera admisible no ejercer una mayor supervisión sobre lo obrado por otros funcionarios, en atención a la importancia e incidencia que dicha presentación tenía en los negocios sociales y considerando que las circunstancias de hecho que motivaban el señalado requerimiento eran de conocimiento público a través de los medios de prensa.

Por tanto, dicha conducta omisiva, a juicio de los sentenciadores, importó una contravención al estándar de cuidado que la normativa citada exige a los directores de sociedades anónimas, de manera que su responsabilidad se hace efectiva a través del establecimiento de la multa reclamada.

Por todo lo anterior, más que analizar uno a uno los demás vicios denunciados, considerando que todos ellos se refieren, desde distintas perspectivas, a la aplicación de los mencionados artículos, en cuanto permitirían la construcción de una obligación que se estimó incumplida de

manera culpable, el análisis a continuación se centrará en dicho planteamiento.

Vigésimo Octavo: Que el artículo 39 de la Ley N°18.046 dispone en su inciso segundo, que: *"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. Este derecho debe ser ejercido de manera de no afectar la gestión social"*.

Por su parte, el artículo 41 del mismo cuerpo legal señala que:

"Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables"

"Es nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de la junta de accionistas que tienda a liberar o a limitar la responsabilidad de los directores a que se refiere el inciso anterior."

"La aprobación otorgada por la junta de accionistas a la memoria y balance presentados por el directorio o a cualquier otra cuenta o información general, no libera a los directores de la responsabilidad que les corresponda"

por actos o negocios determinados; ni la aprobación específica de éstos los exonera de aquella responsabilidad, cuando se hubieren celebrado o ejecutado con culpa leve, grave o dolo".

Vigésimo Noveno: Que corresponde analizar entonces, interpretando las dos normas transcritas, en qué consiste el derecho a ser informado en forma plena y documentadamente y, en su caso, la responsabilidad en que pueden incurrir los directores por no ejercer ese derecho.

Del mérito de los cargos formulados por la Superintendencia de Valores y Seguros aparece que lo reprochado a los reclamantes consiste en que "en el ejercicio de su cargo de director de FASA, no habría actuado con el cuidado y diligencia que los hombres deben emplear ordinariamente en sus propios negocios al tenor de la exigencia impuesta por el artículo 41 de la Ley N° 18.046. Producto de ello y no obstante tratarse tales hechos de aquellos que al tenor de la definición del artículo 9° de la Ley N°18.045 podían ser calificados como esenciales, es decir los "que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones de inversión son esenciales", los mismos fueron privados del tratamiento legalmente dispuesto al efecto".

Se debe, por tanto, además dilucidar si el ejercicio del cargo de director, además de conferir el derecho a ser

informado sobre la marcha social, incluye también un deber de exigir dicha información, de manera que su omisión haga incurrir en culpa infraccional.

Trigésimo: Que respecto de la existencia de un "derecho-deber" posible de construir a partir de la interpretación de los artículos 39 y 41 de la Ley N°18.046 ya se ha referido la doctrina. Se ha señalado, sobre la existencia del denominado "deber de informarse" que asiste a los directores, que *"La regulación que da cuenta de la consagración de este deber en nuestra ley parte por enunciar la facultad que asiste a todo director para recabar aquella información que fuese necesaria para desempeñar su cargo (...) De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico no consagra una obligación para el presidente del directorio de una compañía, ni aun en el carácter de "presidente ejecutivo" de mantener informado al directorio de los asuntos sociales. Más bien impone a todos los directores la obligación de mantenerse informados y les otorga un derecho para obtener la información"* (Alcalde, Enrique: *"La responsabilidad de los directores de Sociedades Anónimas. Responsabilidad Civil y Penal Administrativa"*, Ediciones UC, 2013, p. 146-147).

Otro autor, que sigue esta misma postura, menciona que *"Un director que asume su cargo tiene, desde luego, el deber de entrometerse en los negocios sociales, analizar*

los balances y estados de resultados, asistir a las sesiones de directorio, buscar asesoría en aquello en que se solicita su voto y que requiere de conocimientos especiales, objetar todo acto ilegal de la sociedad de que tenga conocimiento, etc.", agregando que *"si bien la función del director se ejerce colectiva y orgánicamente en sala legalmente constituida, la facultad-deber de recabar información de gerente puede y, por tanto, debe hacerse 'en cualquier tiempo', lo que deja en evidencia que no se limita a sólo lo que pueda informarse en la sesiones de directorio"* (Puga, Juan Esteban: *"La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado"*, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 2011, p.399 y 404).

Al respecto, también se ha señalado que *"el director tiene la facultad de informarse del estado de los negocios sociales y de los demás antecedentes de la compañía de forma íntegra, documentada y oportuna. En este sentido, resulta razonable afirmar que como el directorio debe suministrar a los accionistas y al público información suficiente, fidedigna y oportuna sobre los negocios sociales, los administradores tienen, a su turno, el deber de imponerse tempestivamente acerca de la veracidad y suficiencia de la información que darán a conocer.*

"A pesar de que se trata de un derecho, se constituye como una obligación ineludible para el director, la cual se traducirá en que, previo a la toma de decisiones, deberá solicitar toda la información que estime pertinente y dedicarle el tiempo que considere necesario para su debido estudio y comprensión. En otros términos, se le exige que, al adoptar decisiones, cuente con un nivel razonable de información, para lo cual se deberá ponderar, según Llebot Majó: '...la trascendencia de la propia decisión para la sociedad, el tiempo disponible para obtener la información, los costos de obtener la información adicional y los conocimientos que los propios administradores tengan para evaluar la necesidad de disponer de más información'" (Blumel Mac-Iver, José Ignacio: "El directorio frente a la crisis de la empresa", en Revista de Derecho de la Empresa, N°7, Julio-Septiembre de 2006, pp.56-86).

Resulta útil además para el análisis vincular el concepto de información plena y documentada del artículo 9 de la Ley de Mercado de Valores N°18.045 que define lo que debe entenderse como información esencial, *"aquella que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones sobre inversión"*, por cuanto debe entenderse que respecto de esta información esencial los directores

tendrían que estar permanentemente informados y, de no ser así, deberían requerir antecedentes.

Del examen de la historia del establecimiento de la Ley N°18.046, se desprende que la intención del legislador fue procurar que las decisiones que afecten la marcha social sean tomadas por el directorio con la mayor cantidad de antecedentes posibles. Es así como el mensaje de la ley indica que *"Otro principio que también se ha tenido en consideración, es el de máxima información y de buena fe. De esta forma en vez de prohibir determinados actos a priori, a través de controles costosos e inefectivos se consagra más bien un principio de libertad con máxima información, estableciendo disposiciones que castigan drásticamente actitudes reñidas con estos principios, de tal modo que más que prohibir determinados actos o acciones se está castigando determinadas actitudes o acciones"* (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°18.046, p.5 del Mensaje, p. 89 de la Historia de la Ley).

Por otra parte, de los artículos 2.053 del Código Civil y artículo 1° de la Ley N°18.046, se colige que la principal labor de un director es el resguardo del interés social, cuyo contenido ha sido clarificado a través de la doctrina señalando que *"De acuerdo a la legislación chilena, el interés social es el fundamento de todos los*

derechos y obligaciones de los directores, ejecutivos principales, gerentes y de todos los órganos de administración de la sociedad. Sin embargo, aunque existe una serie de disposiciones legales que regulan los conflictos de interés, el concepto de interés social no ha sido definido por la ley (...). Podemos definir "interés social" como 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 induce a la celebración del contrato de sociedad, en este caso, la finalidad de obtener un beneficio pecuniario y repartirlo entre los socios. Interés social sería "el interés común de los actuales accionistas de una sociedad en un sentido objetivo y abstracto; el mínimo común denominador de todos los accionistas desde la constitución de la sociedad hasta su liquidación, sin considerar ningún elemento externo", agregando que "El objetivo final de los directores debe ser la satisfacción del interés de la sociedad. Por lo tanto, el interés social debe ser el elemento subyacente en cualquier acto de la sociedad, sea que fuere realizado por el directorio, los ejecutivos o cualquier otra persona con la autoridad necesaria para representar y/o administrar a la sociedad. De acuerdo al artículo 30 de la LSA este principio es incluso vinculante para los accionistas"

(Zegers, Matías y Arteaga, Ignacio: "Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América", en Revista Chilena de Derecho, vol. 31 N°2, 2004. pp.239-268).

Trigésimo Primero: Que, de todo lo ya razonado anteriormente, aparece que, si bien el artículo 39 de la Ley N°18.046 efectivamente consagra sólo el *derecho* de los directores a ser informados de la marcha social, de la regulación misma de la sociedad anónima y de lo que necesariamente incluye el real ejercicio del cargo de director, éstos tienen también una obligación de pedirla. De esta forma, se configura un "derecho-deber", por cuanto no se trata de una prerrogativa que mira en exclusivo interés de su titular, sino que involucra también el interés social.

De lo anotado se desprende que al así resolverlo los jueces del grado, han aplicado correctamente la normativa citada, sin transgredir los principios de legalidad, tipicidad o la garantía del debido proceso, alegadas como infringidas en el recurso del reclamante Ernesto Labatut Soffia.

Trigésimo Segundo: Que, una vez establecido que los directores deben informarse respecto de la marcha social, el paso siguiente es dar contenido a este derecho-deber,

toda vez que el tantas veces citado artículo 39 de la Ley N°18.046 establece que esa información debe ser *plena y documentada*.

Trigésimo Tercero: Que, de lo ya analizado, surge con claridad que la información proporcionada a los reclamantes no era plena ni tampoco documentada.

En lo que interesa a este análisis, se encuentran asentados en la sentencia los siguientes hechos:

a) Desde el mes de enero de 2008, distintos medios de prensa publicaron diversos reportajes y entrevistas que aludían a un aumento constante en los precios de medicamentos y advertían en esta situación una probable concertación de las principales cadenas farmacéuticas. Entre ellas, se destaca la publicación de El Mostrador.cl de 9 de abril de 2008, referida a una investigación de la Fiscalía Nacional Económica sobre el aumento de hasta 50% en los precios de los anticonceptivos comunes; y la publicación aparecida en el cuerpo B de El Mercurio de 25 de Abril de 2008, en que Farmacias Ahumada S.A. descartó cualquier tipo de colusión con otras cadenas tras las alzas observadas.

b) El 5 de junio de 2008, según consta en el acta de directorio correspondiente, se informó al directorio de Farmacias Ahumada S.A. acerca de una investigación de la Fiscalía Nacional Económica por la eventual alianza

comercial entre Cruz Verde y Salcobrand, respecto del aumento de precio de los anticonceptivos y medicamentos en general, en relación a los diferenciales observados entre los medicamentos de las cadenas de farmacias con aquéllos adquiridos por hospitales y consultorios por la Central Nacional de Abastecimiento.

c) En junio de 2008, Farmacias Ahumada S.A. contrató los servicios de la abogada Nicole Nehme del Estudio Ferrada Nehme, para que la asesorara respecto de la investigación que desarrollaba la Fiscalía Nacional Económica y para responder a los requerimientos que, en dicho contexto, le formularan a la compañía.

d) El 9 de diciembre de 2.008, la Fiscalía Nacional Económica presentó un requerimiento contra Farmacias Ahumada S.A. ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dando origen a la causa Rol N° 184-08.

e) El 10 de diciembre de 2008, Alejandro Roseblatt Kiblisky envió un mail a los directores de Farmacias Ahumada S.A. informándoles de dicha situación, señalando que las imputaciones contenidas en el requerimiento serían infundadas, adjuntando copia íntegra del documento.

f) El 18 de diciembre de 2008, en sesión de directorio se da cuenta detallada de tal situación, se analiza el requerimiento y sus argumentos, y se informa de la evaluación preliminar de la abogada Nicole Nehme acerca de

ella. De acuerdo al acta de dicha reunión, el Fiscal Corporativo "da cuenta detallada del requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en contra de la sociedad, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Analiza las peticiones formuladas y argumentos hechos valer por la FNE en el requerimiento; el rechazo por el TDLC de la solicitud de dos parlamentarios de hacerse parte en el proceso; el procedimiento y tiempos estimados de duración; la evaluación preliminar del abogado especialista en materias de libre competencia Sra. Nicole Nehme; y los precedentes que existen en casos similares tramitados ante el TDLC".

En dicho mes, se inicia una investigación interna de la compañía destinada a establecer la efectividad del requerimiento, sobre la base del conocimiento de los 222 medicamentos en que se habría producido la posible colusión de precios, de los períodos en que ello habría ocurrido y el modo en que se habría verificado.

g) El 16 de enero de 2009, José Codner citó vía correo electrónico y por carta certificada a los directores de la compañía a sesión extraordinaria a celebrarse el 20 de enero, para tratar como único tema de tabla "Información Requerimiento Fiscalía Nacional Económica". Esa sesión extraordinaria no se celebró por falta de quórum, según lo informado por José Codner.

h) El 19 de enero de 2009, José Codner citó nuevamente a los directores a sesión extraordinaria para el día 23 de enero para tratar como único tema de tabla "Información Requerimiento Fiscalía Nacional Económica". Esta sesión tampoco se celebró porque fue suspendida por José Codner, lo cual informó vía correo electrónico del día 20 de enero, en razón que por una petición de Cruz Verde al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se aplazó hasta marzo el término para contestar el requerimiento.

i) Los días 29 de enero, 26 de febrero y 2 de marzo de 2.009, se celebraron sesiones ordinarias del directorio de Farmacias Ahumada S.A., sin que exista ninguna constancia en actas que se haya tratado, informado ni consultado acerca de las materias vinculadas a la investigación, al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica ni sobre la negociación para el Acuerdo Conciliatorio. En el Comité de Directores del día 26 de febrero y en la sesión de directores el mismo día, se revisó y aprobó la FECU correspondiente al 31 de diciembre de 2008. En la Nota N° 21 de las contingencias, se indica que el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica no debiera prosperar en la forma planteada.

j) El 23 de marzo de 2009, se presentó el Acuerdo Conciliatorio al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y se informó de él en sesión de directorio

extraordinaria de Farmacias Ahumada S.A. realizada el mismo día.

En estas circunstancias, se dio por acreditado que, a pesar de ventilarse de manera pública y notoria hechos relacionados con la sociedad, ninguno de los directores reclamantes pidió mayor información. En efecto, constan en autos las actas de las sesiones de directorio celebradas durante el año 2008, en ninguna de las cuales aparece que el tema se haya tratado con una profundidad mayor que sólo mencionar la existencia de la investigación pendiente. En este sentido, si bien es correcta la interpretación que los recurrentes hacen del artículo 48 de la Ley N°18.046 en cuanto a que en actas solamente deben constar las *deliberaciones y acuerdos*, de manera que el hecho que un tema no conste en actas no significa necesariamente que no haya sido tratado, el ejercicio del derecho-deber de informarse tampoco ha sido acreditado a través de ningún otro medio probatorio, siendo evidente que se trataba de información esencial relativa a hechos que podían - y así ocurrió efectivamente con posterioridad - afectar gravemente la marcha social. Entonces, la importancia del asunto exigía pedir dicha información y, de hacerlo, solicitar constancia expresa de ello en las actas respectivas, siendo un hecho no controvertido que nada de aquello se hizo.

En efecto, luego de la sesión de directorio de 18 de diciembre se convoca a reuniones extraordinarias de directorio con la finalidad única de tratar el tema relativo al requerimiento, las que finalmente no se realizan, el día 20 de enero del año 2009 por falta de quórum y el día 23 del mismo mes y año por suspensión comunicada por José Codner, fundado en que el plazo para contestar se había ampliado.

Que, así las cosas, llega la fecha de celebración de la sesión ordinaria - 29 de enero de 2009 - sin que conste en documento alguno que el tema haya sido tratado por los directores.

Trigésimo Cuarto: Que, sin perjuicio de lo anterior, la omisión mayor se observa en el periodo posterior al 10 de diciembre del año 2008. Con esta fecha los directores reclamantes reciben un correo electrónico mediante el cual se les comunica la existencia del requerimiento por parte de la Fiscalía Nacional Económica y el remitente - Alejandro Roseblatt - asevera que aquel no tiene fundamento, que contiene errores y que se trataría el tema en extenso en sesión de 18 de diciembre. Dicha comunicación ciertamente marca un hito de separación en los hechos de la causa, por cuanto ninguno de los directores ha desconocido la recepción de dicho correo, el cual contenía adjunto el texto del requerimiento en que la Fiscalía Nacional

Económica imputa derechamente a Farmacias Ahumada S.A. el haber incurrido en conductas atentatorias de la libre competencia. La información anterior se amplía en la sesión de directorio efectivamente celebrada el día 18 de diciembre, en cuya acta se deja constancia expresa de la cuenta entregada por el Fiscal Corporativo Sergio Mesías, según se detalló anteriormente.

Trigésimo Quinto: Que en este orden de ideas, de haberse cumplido con la obligación de informarse plena y documentadamente, los directores habrían advertido que no tenían a su disposición los elementos de juicio suficientes para evaluar en su real magnitud el riesgo del daño que podía sufrir la empresa, tanto desde un punto de vista económico como reputacional y así poder acordar la mejor defensa de los intereses sociales respecto de las imputaciones formuladas en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica. La mediana diligencia implicaba adoptar acciones positivas ante la duda razonable en cuanto a la existencia de riesgos para la compañía, que se habría satisfecho, por ejemplo, a través de la solicitud de un informe razonado a Alejandro Rosemblatt, que diera cuenta de por qué se estimaba que el requerimiento no debía prosperar; una cuenta detallada a la abogado experta que estaba a cargo de la defensa de la sociedad o la efectiva celebración de las sesiones extraordinarias de directorio,

convocadas específicamente para la discusión del tema. Nada de aquello ocurrió, en efecto, solamente constan en la causa algunos correos electrónicos enviados al presidente del directorio José Codner, sin reacción posterior ante la falta de respuesta favorable.

Trigésimo Sexto: Que, a continuación, corresponde dilucidar si concurre o no el factor de imputación establecido en el artículo 41 ya transcrito, de acuerdo al cual se responde de culpa leve. La Ley N°18.046 la definición de culpa leve entregada por el artículo 44 del Código Civil, que *"es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios"*. Por su parte, la doctrina ha señalado que *"La culpa, según esto, es un error de conducta, supone descuido, imprudencia, negligencia, falta de precaución, atención o vigilancia, inadvertencia, omisión de aquellos cuidados que la prudencia requiere o hace necesarios, sin que sea de rigor que haya una infracción reglamentaria; la ley no la exige. En otros términos, hay culpa cuando no se obra como se debiere, cuando no se hace lo que hubiera debido hacerse"* (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Arturo Alessandri Rodríguez, Imprenta Universitaria, año 1943, pág. 172). De esta forma, corresponde establecer en qué consiste aquella diligencia y

cuidado que se debe observar en el ejercicio de la labor de director.

A este respecto y, según ya se ha adelantado en los considerandos precedentes, la norma legal obliga a los directores a solicitar la información que les sea necesaria - en este orden de ideas, la que un hombre prudente estime necesaria - para la adecuada administración de la sociedad. Por tanto, corresponde al director en el ámbito de su propia discrecionalidad y siempre a la luz del modelo de conducta impuesto por la ley, determinar qué tipo de información necesita para adoptar una decisión y, de acuerdo a la naturaleza de ésta y aquélla, será solicitada ya sea a los ejecutivos de la compañía designados por el mismo directorio, o a profesionales expertos, siempre actuando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad y sus accionistas.

Trigésimo Séptimo: Que el artículo 38 del Reglamento de Sociedades Anónimas, contenido en el Decreto N°587 del año 1982, vigente a la época de ocurrencia de los hechos, dispone que la mayoría absoluta de los directores puede solicitar la celebración de una sesión extraordinaria de directorio, en cuyo caso dicha reunión deberá necesariamente celebrarse, sin la calificación previa del presidente respecto de su necesidad, facultad que tampoco consta que se haya ejercido en este caso, lo cual

contribuye a demostrar que los directores nada hicieron por informarse en forma plena y documentada.

Trigésimo Octavo: Que, continuando en el ámbito del análisis de la culpa, los reclamantes han alegado el hecho que la misma Superintendencia de Valores y Seguros sancionó a Alejandro Rosemblatt Kiblisky (vicepresidente ejecutivo de Farmacias Ahumada S.A.) y a José Codner Chijner, (presidente del directorio) por haber infringido los artículos 39, 40 y 41 de la Ley N°18.046 lo que culmina con la imposición de una multa de 2.000 y 1.500 Unidades de Fomento, respectivamente, fundado en haber ocultado información al directorio.

El tenor de dichas resoluciones que imponen las multas no fue analizado por la Superintendencia de Valores y Seguros, en el sentido que el cargo preciso por el cual se sancionó a las personas mencionadas anteriormente, fue el ocultamiento de información al directorio de la sociedad, justamente relacionada con las circunstancias que rodearon la investigación, el requerimiento y, finalmente, del acuerdo conciliatorio alcanzado entre Farmacias Ahumada S.A. y la Fiscalía Nacional Económica.

Trigésimo Noveno: Que, a la luz del contenido del deber de conducta exigible a los directores de sociedades anónimas en abstracto y de lo ya razonado respecto de los directores reclamantes en concreto, resulta que siendo

efectivo que los señalados funcionarios ocultaron información al directorio, en atención a la magnitud de los hechos por ellos conocidos y a las posibles repercusiones que éstos podían traer, con el consiguiente riesgo para el patrimonio y reputación de la sociedad, debían los propios directores recabar información que les permitiera tener un conocimiento cabal de la situación planteada, cuestión que, como quedó acreditado como hecho de la causa, no realizaron. Lo anterior conduce a la conclusión que no incurren en yerro los senetnciadores del fondo al calificar esa conducta omisiva como constitutiva de culpa leve, toda vez que es dable sostener que una persona diligente no habría incurrido en ella si se tratara de sus propios negocios. Resulta inimaginable que se hubiera permanecido por un periodo superior a un año sin adoptar alguna actitud que les permitiera tener información de un tema trascendente.

Cuadragésimo: Que lo anterior ya ha sido fallado por esta Corte en sentencia de fecha 10 de julio del año 2.012, dictada en causa Rol 785-2010, caratulada "Hernán Lobos Pizarro con Superintendencia de Valores y Seguros", manifestando que *"la normativa que regula la responsabilidad del demandante en su calidad de director de una sociedad anónima no ha consagrado una responsabilidad objetiva, sino que la censura que se dirige en su contra se*

basa en la omisión de aquellas actuaciones que con la debida diligencia o cuidado hubieran podido evitar o descubrir las conductas dolosas o culposas de quienes estaban a sus órdenes (...) Que contrariamente a lo alegado por el recurrente, en ningún momento se ha alterado el régimen jurídico que rige la responsabilidad del actor como director de una sociedad anónima, quien ha acusado que se le ha imputado responsabilidad pese a su falta de participación en los hechos constitutivos de las infracciones sancionadas. Tal reparo no aparece ajustado al mérito del proceso, toda vez que de los hechos descritos en el motivo décimo sólo puede concluirse que hubo un abandono de los deberes de administración y una prescindencia de los principios que deben orientar el desempeño de un gobierno corporativo" (considerandos décimo tercero y décimo cuarto). La misma sentencia, luego de reproducir los artículos 39 y 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, concluye al respecto que "Del tenor de las normas transcritas se evidencia con mayor fuerza la impertinencia de las excusas del actor, en orden a declarar su total desinformación de lo que acontecía en la sociedad" (considerando décimo quinto).

Cuadragésimo Primero: Que concluir lo anterior no implica alterar la carga de la prueba ni infringir el artículo 1.547 del Código Civil, por cuanto de lo ya

razonado aparece claro que correspondía a los reclamantes la prueba de su diligencia. En efecto, lo dicho no implica una falsa aplicación de las normas relativas a la responsabilidad contractual - las que efectivamente no resultan aplicables en la especie - sino que fluye de la naturaleza misma del objeto de la reclamación, impugnar un acto administrativo, por cuanto corresponde al sancionado destruir la presunción de legalidad de que éste goza de acuerdo al artículo 3° de la Ley N° 19.880.

Cuadragésimo Segundo: Que, en consecuencia, como de los hechos de la causa no se concluyó por los jueces del fondo que los directores reclamantes cumplieron con el estándar de cuidado que les imponen los artículos 39 y 41 de la Ley N°18.046, en concordancia con el contenido ya establecido de las obligaciones que a ellos se impone en el ejercicio de su cargo, no se cometen los yerros que se acusan en relación a la Ley sobre Sociedades Anónimas ni a las demás disposiciones que a ellas se asocian en los artículos de nulidad.

Atendidas las motivaciones anteriores, habiéndose descartado los distintos yerros jurídicos imputados a los sentenciadores el recurso de nulidad sustancial deberá ser rechazado en esta parte.

Cuadragésimo Tercero: Que, finalmente, a fojas 3072, recurre de casación en el fondo la Superintendencia de

Valores y Seguros. Denuncia, en primer lugar, infracción - por la vía de la falta de aplicación - de los artículos 1 inciso 1°, 2 inciso 1°, 3 inciso 3° y art. 51 de la Ley N°19.880 sobre Procedimiento Administrativo, en relación al artículo 30 del Decreto Ley N°3.538

Alega que los procedimientos administrativos se rigen primero por sus leyes especiales y luego por la Ley de Procedimiento Administrativo por lo que, en este caso, a falta de disposición especial que regule la exigibilidad de las resoluciones, debió aplicarse el art. 3 inciso final de la Ley N°19.880, según el cual la obligación de pagar la multa se hizo exigible para el reclamante Pablo Lamarca Claro, desde la notificación por carta certificada de la resolución que la impone. De esta forma, era también transmisible a sus herederos. En este sentido, el reclamo solamente suspende el cobro de una obligación que ya estaba radicada en su patrimonio, de lo contrario, la deuda no podría generar intereses y reajustes durante ese periodo.

Con lo anterior, estima que el error de derecho en que incurren los jueces de la instancia, se debe a la aplicación del estatuto criminal, de acuerdo al cual el cumplimiento puede exigirse sólo una vez ejecutoriada que sea la sentencia de término. En este caso, alega que el reclamo que se interpone contra una multa administrativa aplicada por la Superintendencia de Valores y Seguros, sólo

tiene el efecto de suspender el cobro de la misma, y por consiguiente, el derecho a cobrar dicha multa se radica en el patrimonio del Fisco en el momento que fue cursada.

Sin embargo, la sentencia recurrida en lugar de aplicar las normas indicadas, acude indebidamente a las normas del derecho penal, por cuanto, a su juicio, las sanciones penales y administrativas tendrían la misma naturaleza jurídica, toda vez que emanarían de un único "ius puniendi del Estado".

Agrega que, habiendo fallecido Pablo Lamarca años después de notificada la multa - al igual como ocurrió en el caso Mackenna - su fallecimiento no extingue su responsabilidad administrativa, ni tampoco obsta el cobro de la multa a sus herederos. De este modo, concluir que la multa impuesta no produjo sus efectos desde que le fue notificada a Pablo Lamarca, llevaría al absurdo de creer que la multa administrativa no sería impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros, sino que ésta sería cursada por los Tribunales de Justicia, al dictar una sentencia firme o ejecutoriada.

De este modo, a su juicio, el fallecimiento del señor Lamarca no constituye un motivo para que la sentencia recurrida haya omitido pronunciarse del fondo del reclamo de multa, toda vez que es que su sucesión quien ahora debe pagar la multa impuesta.

Cuadragésimo Cuarto: En segundo lugar, denuncia la infracción del artículo 20 del Código Penal, alegando que la sentencia de segunda instancia, al no aplicar el régimen jurídico regulado por los artículos 1, 2, 3 y 51 de la Ley N° 19.880, junto con el artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, y concluir que las sanciones administrativas tienen la misma naturaleza jurídica que las penas penales y, por ende, son personalísimas, incurrió también en el error de contravenir el artículo 20 del Código Penal, que la obligaba justamente a excluir las multas administrativas del ámbito de aplicación del derecho penal, en particular, del artículo 93 N° 1 del Código del ramo.

Señala que la sentencia recurrida de casación olvida que la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Valores y Seguros encuentra su reconocimiento legal, entre otros, en los artículos 27 y 28 del Decreto Ley N° 3.538 y en los artículos 55 y 58 de la Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores, todos los cuales establecen la posibilidad de sanciones civiles, penales y administrativas conjuntas por infracciones a la ley bajo su competencia, siendo evidente que tal coexistencia y compatibilidad de diversos estatutos de responsabilidad - penales y administrativas en cuanto interesa en este punto - se explica en razón de los diversos objetivos que ellas persiguen.

El hecho de constatarse que la ley es enfática en cuanto a que la sanción administrativa no es considerada pena sujeta a la normativa criminal, ratifica que la aplicación del principio de personalidad penal en el ámbito de las sanciones administrativas carece de sustento y constituye una infracción de ley, que desconoce el régimen propio y diverso del derecho administrativo del que es parte la sanción administrativa y que la distingue de la penal.

Cuadragésimo Quinto: Que, finalmente, denuncia la falsa aplicación del artículo 93 N°1 del Código Penal, norma que, según señala, es claro en circunscribir su aplicación a la responsabilidad "penal", esto es, aquella que proviene de normas de ese carácter, sin que nada autorice a extenderla al derecho administrativo sancionador, como lo hace la sentencia recurrida. Esta responsabilidad administrativa se rige, según estima, por las leyes especiales del Decreto Ley N° 3.538 y, en subsidio, por la Ley N°19.880.

Todos estos vicios, afirma, han tenido influencia en lo dispositivo del fallo, por cuanto, de aplicarse correctamente las normas denunciadas como infringidas, se habría concluido que la resolución que aplicó la multa al señor Lamarca se hizo exigible desde el momento de haberse dictado y notificado, transmittiéndola a sus herederos, lo

que habría llevado a la revocación de la sentencia de primer grado.

Cuadragésimo Sexto: Que los tres capítulos de nulidad alegados por la Superintendencia de Valores y Seguros dicen relación con el mismo planteamiento, esto es, la extinción o no de la responsabilidad administrativa del sancionado producto de su muerte antes de estar ejecutoriada la sentencia que se pronuncia sobre el reclamo por él deducido en contra de la sanción. Por lo anterior, el análisis de la normativa que se estima infringida se hará, a continuación, conjuntamente y a la luz de dicha interrogante.

Cuadragésimo Séptimo: Que es un hecho acreditado en la sentencia impugnada que, habiendo deducido reclamo en contra de la resolución de la Superintendencia de Valores y Seguros que le aplicó una multa de 300 Unidades de Fomento, Pablo Lamarca Claro falleció el día 30 de julio del año 2013, esto es, estando pendiente la dictación de la sentencia de primera instancia. En razón de ello, se acogió un incidente promovido por su defensa, declarándose extinguida su responsabilidad penal, fundado en la similitud que existe entre las normas que regulan la responsabilidad penal y la administrativa, siendo ambas manifestación de la actividad sancionadora del Estado, conocida como *ius puniendi* estatal. De lo anterior, y por aplicación del artículo 93 del Código Penal, entiende el

sentenciador de primera instancia que la sanción impuesta tiene un carácter personalísimo, de manera que la responsabilidad se extingue por muerte del sancionado.

Dicho criterio es confirmado, sin modificaciones, por la sentencia de segundo grado.

Cuadragésimo Octavo: Que para dilucidar la materia relativa a los efectos que genera la muerte del sancionado en el procedimiento de reclamación de multa - y dando por sentado que la actuación a través de la cual la administración ha impuesto dicha sanción es un acto administrativo - resulta útil destacar, en primer lugar, que no existe, en nuestra legislación, una norma que regule expresamente la situación con efectos generales.

Sin embargo, y como ya lo ha indicado esta Corte en sentencia de 30 de octubre de 2014, dictada en autos Rol N°1079-2014, caratulados "Fisco de Chile con María Teresa Dorr Zegers y otros", si bien existe consenso en orden a que tanto la sanción penal como la administrativa son manifestaciones de un único *ius puniendi* estatal, ello no implica de inmediato la aplicación de los principios del derecho penal a la sanción impuesta por la Administración, por cuanto existen ciertos matices dados principalmente por la finalidad perseguida por el legislador al asociar uno u otro tipo de responsabilidad a una conducta determinada.

En efecto, el proceso penal tiene por objeto la verificación de un hecho punible a la luz del tipo penal establecido en la ley, a fin de determinar responsabilidades de los autores o partícipes del mismo y aplicar la sanción correspondiente. De ello se deriva que la muerte del imputado implica la extinción de la responsabilidad penal, cuyo carácter personalísimo es reconocido justamente por el artículo 93 del Código respectivo. En cambio, el objeto del procedimiento de reclamo de multa es diametralmente opuesto, radica en determinar si la actuación de la Administración se ajusta a la legalidad, tanto en lo formal - las normas de tramitación del respectivo procedimiento - como en lo sustancial, en cuanto al cumplimiento de las garantías que nuestra Constitución y las leyes establecen.

Lo anterior es esencialmente planteado por el artículo 20 del Código Penal - denunciado como infringido - al establecer que *"No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o*

atribuciones gubernativas". Es precisamente este precepto el que da cuenta que las multas administrativas no se reputan penas, lo que confirma que a ellas no se aplican los principios del derecho penal en la misma forma, desligados de la finalidad y naturaleza que dan a las sanciones administrativas un cariz distinto.

Cuadragésimo Noveno: Que, con lo anterior, y habiendo concluido que se trata de regímenes de responsabilidad que, si bien tienen un mismo origen, obedecen a principios y fines diferentes que confieren al Derecho Administrativo una fisonomía propia, para determinar entonces los efectos que la muerte del sancionado tiene en el procedimiento administrativo seguido en su contra, conviene analizar lo señalado por la normativa respectiva - denunciada también como infringida - en cuanto a la exigibilidad de la multa impuesta.

El artículo 1° inciso 1° de la Ley N°19.880 establece que *"La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria"*.

A su vez, el artículo 3° inciso final de la misma Ley señala que *"Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a*

sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional".

Por su parte, el artículo 51 de la misma Ley, relativo a la ejecutoriedad del acto administrativo, estatuye que *"Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.*

"Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general".

Por otro lado, el Decreto Ley N°3.538, en cuanto norma especial que rige la materia, indica en su artículo 30, incisos segundo, tercero y final, respectivamente, que *"El afectado podrá reclamar de la aplicación de la multa o de su monto ante el juez de letras en lo civil que corresponda, dentro del plazo de diez días de indicado en el inciso anterior, previa consignación del 25% del monto total de la multa, en la Tesorería General de la República. La consignación no podrá ser superior al equivalente a 500 unidades de fomento o a 1.000 unidades de fomento, si la*

multa se aplicare a una persona natural o a una persona jurídica, respectivamente, salvo que se trate de infracciones reiteradas o de aquellas del Título XXI de la ley N° 18.045 en cuyo caso se deberá consignar el 25%.

"Deducida oportunamente la reclamación, se suspenderá el plazo establecido para el pago de la multa, sin perjuicio que los intereses a que se refiere el artículo 34, se devenguen desde el undécimo día de notificada la resolución de la Superintendencia que aplicó la multa. En todo caso, la notificación de la demanda deberá practicarse por cédula conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los diez días hábiles siguientes de vencido el plazo para su interposición.

"El pago de la multa más los reajustes e intereses a que se refiere el artículo 34 deberán efectuarse dentro de quinto día de ejecutoriado el fallo".

El artículo 34 del mismo cuerpo legal, señala que "El retardo en el pago de toda multa que aplique la Superintendencia, en conformidad a la ley, devengará los intereses establecidos en el artículo 53 del Código Tributario.

Si la multa no fuere procedente y, no obstante, hubiese sido enterada en arcas fiscales, la Superintendencia o el Juzgado respectivo, según

corresponda, deberá ordenar se devuelva debidamente reajustada en la forma que señalan los artículos 57 y 58 del Código Tributario".

Finalmente, el artículo 93 del Código Penal, en su numeral 1º, consigna que *"La responsabilidad penal se extingue: 1º. Por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada"*.

Quincuagésimo: Que, tal como ya lo señaló esta Corte en el fallo citado anteriormente, corresponde distinguir entre la *ejecutoriedad* del acto administrativo - relativa a que los efectos y las situaciones jurídicas que el acto crea nacen de inmediato, sin necesidad de recurrir a otra autoridad - y la *ejecutividad* del mismo - que dice relación con el momento a partir del cual se desarrollan los efectos creados, que corresponde al de su notificación, salvo que la ley o autoridad judicial suspenda dicha exigibilidad.

En efecto, es justamente aquello a lo que se refiere el artículo 51 de la Ley N°19.880 norma que, concordada con el artículo 30 del Decreto Ley N°3538, permite concluir que el acto administrativo que impone la multa nace y produce sus efectos desde la fecha de su notificación, momento desde el cual el sancionado es deudor de la multa impuesta. Sólo con lo anterior resulta de toda lógica que sea también

desde dicho momento que se empiecen a generar los reajustes e intereses a que se refiere el artículo 34 de este último cuerpo legal y que, más aún, el mencionado artículo 30 sea expreso en referir que la reclamación solamente "suspende" el plazo para el pago de la multa, pero dichos intereses se siguen generando, de lo que aparece que su exigibilidad ya se hizo manifiesta.

Quincuagésimo Primero: Que, por tanto, en el caso sub judice, la multa tuvo plenos efectos - desde el punto de vista de su ejecutividad, a la luz de las normas administrativas especiales - y, por tanto, la obligación se radicó en el patrimonio del fallecido desde el momento en que fue notificado de la imposición de la sanción.

Quincuagésimo Segundo: En consecuencia, los sentenciadores recurridos al decidir que la multa se extinguió por el fallecimiento del sancionado, incurrieron en error de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que hicieron una falsa aplicación del artículo 93 N°1 del Código Penal y, con ello, desconocieron lo dispuesto en los artículos 20 del mismo cuerpo legal, 3 y 51 de la Ley N°19.880 y el artículo 30 del Decreto Ley N°3.538, por lo que corresponde acoger el recurso de casación en el fondo, en esta parte.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

A.- Que **se rechazan** los recursos de casación en la forma deducidos por los demandantes Gabriel Héctor Berczely Apor y Eduardo Bellinghausen Pizarro, en lo principal de la presentación de fojas 3.117, y por el demandante Jaime Sinay Assael, en lo principal del escrito de fojas 3.173, ambos en contra de la sentencia de cinco de noviembre de dos mil catorce, escrita a fojas 3.006.

B.- Que **se rechazan** los recursos de casación en el fondo interpuestos por el demandante Juan Cúneo Solari, en lo principal de fojas 3.056; por Alexander Fernández Montenegro, en lo principal de fojas 3.088; por Gabriel Héctor Berczely Apor y Eduardo Bellinghausen Pizarro, en el primer otrosí de fojas 3.117; por Ernesto Labatut Soffia, en lo principal de fojas 3.145; y por Jaime Sinay Assael, en el primer otrosí de fojas 3.173, todos dirigidos contra la misma sentencia.

C.- Que **se acoge** el recurso de casación en el fondo interpuesto por la Superintendencia de Valores y Seguros, en lo principal de fojas 3.072, en contra de la referida sentencia, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Se previene que la Ministra señora Chevesich no comparte lo que se expresa en los motivos Quinto y Sexto, y lo razonado en el considerando Cuadragésimo Primero a partir de la frase que se inicia con las palabras "En efecto, lo dicho no implica..." hasta su término, por estimar que lo señalado en los que preceden abordan correcta y suficientemente las cuestiones a que se refieren y que se plantean en los recursos.

Tampoco participa de lo que se expresa en los fundamentos Duodécimo, Décimo Tercero y Décimo Cuarto, y fue de opinión de desestimar el motivo de nulidad a que aluden, porque, en primer lugar, la resolución que impuso la multa a Cúneo Solari no se fundamenta en los presupuestos de hecho que indica en su recurso y, en segundo lugar, porque para que al medio de prueba de los instrumentos privados pueda aplicarse lo que establecen los artículos 1.700 y 1.702 del Código Civil, deben emanar de la parte en contra de quien se oponen, esto es, de la contraria, en la medida que señalan que tienen el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos, y siempre que hayan sido reconocidos por dicha parte, o se hayan mandado tener por reconocidos en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, esto es, en los términos que

establece el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. Y, como los documentos a que el recurrente se refiere no emanan de la parte contraria, esto es, de la Superintendencia de Valores y Seguros, los jueces del fondo no han podido infringir lo que señalan dichas normas al no considerarlos; por la misma razón, el yerro en que incurrieron - señalar que la prueba en esta clase de juicios se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica - no tiene influencia en la parte dispositiva de la sentencia.

Asimismo, no comparte lo expresado en los motivos Vigésimo Quinto y Vigésimo Sexto, en el sentido que los jueces de la instancia habrían impedido a los reclamantes plantear alegaciones de ilegalidad, ya que efectivamente lo hicieron, como latamente se expresa en esta sentencia, por lo que el yerro en que incurrieron sólo fue entender que no podían formularlas en sede de reclamo de multa. Otro tanto acontece con lo expresado en el motivo Trigésimo Tercero, a partir de la frase que se inicia con las palabras "En efecto, constan en autos las actas de las sesiones..." hasta finalizar; con lo señalado en el Trigésimo Séptimo en el párrafo que comienza con las palabras "facultad que tampoco..." hasta su término; y con lo consignado en los ratiocinios Trigésimo Cuarto y Trigésimo Quinto, puesto que

analizan la prueba rendida en la etapa procesal pertinente, lo que estima no es propio de un recurso de casación.

Acordada con el **voto en contra** del abogado integrante señor Arturo Prado Puga, quien estuvo por acoger los recursos de casación en el fondo planteados por los demandantes y, a la vez, por rechazar el recurso de nulidad sustancial deducido por la Superintendencia de Valores y Seguros, en virtud de las siguientes consideraciones:

Primero: Que el artículo 39 de la Ley N°18.046 es expreso en señalar que las funciones del directorio se ejercen colectivamente, en sala legalmente constituida, para luego agregar que *"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"*. De lo anterior, pueden desprenderse dos ideas básicas que informan la opinión de este disidente.

Segundo: Que, la primera de ellas, dice relación con que el directorio funciona como un órgano. En efecto, las expresiones *"colectivamente"* y en *"sala legalmente constituida"* confirman la idea de un necesario concierto de voluntades para la toma de las decisiones que afectan la marcha social.

Asociando dicho planteamiento con los hechos de la presente causa, aparece como una circunstancia no discutida

- e incluso alegada por la Superintendencia de Valores y Seguros en apoyo a sus asertos - que por Resolución Exenta N°858, de 31 de diciembre de 2009, el organismo fiscalizador sancionó a José Codner Chijner, presidente del directorio de Farmacias Ahumada S.A., por infringir los artículos 39, 40 y 41 de la Ley N°18.046, cargo que se fundó justamente en *"negociar un Acuerdo con la FNE, sin recabar la opinión y aprobación del directorio en tal sentido y solo informando lo ocurrido una vez que dicho documento se encontraba suscrito, se arrogó funciones propias del órgano colegiado creado para administrar la compañía, mediante la decisión de omitir toda información al respecto a los miembros del mismo"* (considerando 19°).

En este sentido, se encuentra asentado, entonces, que los directores reclamantes no fueron informados de una serie de elementos fácticos relacionados directamente con la marcha social, ocultamiento de información que deliberadamente fue ejecutado, en parte, por el presidente del directorio de la empresa.

La consecuencia de lo anterior es reconocida por la misma Superintendencia de Valores y Seguros en el acto administrativo referido, cuando indica que *"De ahí la imposibilidad para que el directorio de FASA pudiera debatir y discurrir, en sala legalmente constituida, si los hechos eran constitutivos y debían informarse como Hechos*

Esenciales, ya que, dado lo ocurrido, ni siquiera pudieron evaluar, dar su opinión ni, eventualmente, aprobar el acuerdo" (considerando 18°)

Tercero: Que una segunda idea a dejar desde ya establecida y que se desprende del tenor del artículo 39 de la Ley N°18.046, es que los directores tienen el *derecho* a ser informados de la marcha de los negocios sociales, esto es, a ellos debe rendirse cuenta del estado de los asuntos de la sociedad, para efectos del ejercicio de su labor de administración.

Frente a ello, y al reproche de la Superintendencia de Valores y Seguros de no haber ejercido con la debida diligencia el derecho-deber de informarse, que entiende el organismo fiscalizador puede construirse a partir del artículo ya citado, corresponde determinar si estaban o no los directores obligados a: i) descubrir que existía información oculta, necesaria para el ejercicio de sus funciones ii) exigir la entrega de dicha información existiendo vías para hacerlo; iii) si en consecuencia, se encuentra acreditado de algún modo, la falta concreta y específica de debida diligencia o cuidado que se imputa como hecho y conducta exigible.

Para dilucidar aquello, entiende este disidente que si bien el estándar exigido por la ley no indica nada en concreto, lo que se debe esperar de los directores es que

ejerzan su juicio prudencial sobre una base de buena fe, lo suficientemente informada, y que la decisión que se adopte lo sea en el mejor interés de la empresa. En este sentido, corresponde al ámbito de discrecionalidad del director el determinar qué tipo de información necesita para tomar una decisión, sin embargo *"no es su tarea crear esa información, sino que puede confiar en la proporcionada por los ejecutivos de la compañía (salvo que se haya incurrido en culpa en la designación de ejecutivos manifiestamente incompetentes)"* (Barros, Enrique: "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la Primera Edición, 2010, p.834). En efecto, si la información relacionada con que el requerimiento de la FNE no tenía *"ningún fundamento en la realidad"* (correo electrónico de 10 de diciembre de 2008, cuya copia rola en autos, enviado por don Alejandro Rosemblatt Kiblisky a los directores de FASA informándoles de dicha situación, señalando que las imputaciones contenidas en él serían *"infundadas"* adjuntando copia íntegra del requerimiento) a lo cual se agrega que con fecha 18 de diciembre de 2008, en sesión de directorio se dio cuenta específica de la situación, con expresa mención a *"la evaluación preliminar de la abogada Nicole Nehme especialista en materias de libre competencia y los precedentes que existen en casos similares tramitados ante*

el TDLC"., información que, como se afirma en el voto de mayoría, era entregada a los directores por el vicepresidente ejecutivo de la compañía y posteriormente refrendada por el presidente del directorio (Sr. Codner) y el fiscal corporativo (Sr. Mesías), el estándar legal aplicable del buen padre de familia no les podía imponer a los directores una obligación de dudar o sospechar acerca del contenido de lo informado por los ejecutivos en quienes habían depositado su confianza, de manera de investigar su verdadero alcance y efectividad, teniendo en cuenta que dicho cuidado y diligencia se satisface con la presunción de buena fe y convicción de que se haya revestida su actuación y en la cual se apoyaron visiblemente, en este caso, los propios reclamantes.

Cuarto: Que, en concordancia con lo anterior, no puede dejar de considerarse, a la hora de analizar la conducta exigible a los directores de Farmacias Ahumada S.A., las sanciones impuestas en la misma fecha al Presidente de la compañía José Codner (Resolución Exenta N°858 de 31 de diciembre del año 2009) y al Vicepresidente Alejandro Roseblatt (Resolución Exenta N°857, de la misma fecha) por ocultar información de manera irregular al resto del Directorio. En este sentido, incurre la Superintendencia de Valores y Seguros en una contradicción imposible de salvar, al dar por establecido, por una parte, que a los

directores les fue ocultada la información relativa a la colusión, información que no pudo lógicamente ser requerida de forma clara directa y nítida y que les impidió deliberar y adoptar acuerdos a su respecto. Por otra parte, se da por asentado que esos mismos directores preteridos que son objeto de esta acción de ocultamiento deliberado, estaban obligados en forma simultánea a descubrir algún indicio de irregularidad, investigando y desplegando un celo difícil de materializar en un contexto de negocios, recabando antecedentes que como efecto de la confesada colusión de precios, desembocaron en un acuerdo conciliatorio celebrado entre FASA y la FNE, el que fuera revelado según las actas de directorio con posterioridad, desconociendo, adicionalmente, por qué vía y a través de qué mecanismos se podía esperar que se hubiere detectado esta omisión o puesto de manifiesto la existencia de algún riesgo efectivo proveniente de este hecho.

Todo lo anterior se ve refrendado también por el hecho que, tal como lo reconoce la Superintendencia, ninguna de las circunstancias que rodean este caso fue declarada como hecho esencial. Ello revela y permite inferir una falta de congruencia y desproporción entre la conducta desplegada por los directores y las sanciones que se aplican por la entidad administrativa.

Quinto: Que una interpretación distinta a la anterior deriva en dos situaciones diferentes: por un lado, lleva, en términos prácticos, a imponer a los directores de una sociedad anónima una responsabilidad objetiva y con un curso causal que lo desvincula de la culpa subjetiva impuesta por los tantas veces citados artículos 39 y 41 de la Ley N°18.046, plasmada externamente por el solo hecho de no contar en forma permanente con toda la información necesaria. Ello conlleva el riesgo de hacer surgir en el ejercicio de las funciones colegiadas de administración, una presunción de responsabilidad por culpa levisima, la cual presupone una falta de esmerada diligencia que necesariamente debe acreditarse.

Una segunda situación y consecuencia que trae este razonamiento es que, en el ejercicio de sus funciones, el director de una sociedad anónima debería siempre consultar diversos canales de información incluso trasponer e ir más allá, descendiendo y recabando información "aguas abajo" en la organización, respecto de los antecedentes proporcionados principalmente por el gerente general, ejecutivos o apoderados llamados a resolver dudas para casos específicos y que actúan regularmente en legítima defensa de sus intereses. Ello implica obviar el deber legal y ético que pesa sobre dichos funcionarios, de asistir a los directores en sus funciones e informarles,

plena, documentada y sobre todo lealmente, en virtud del cual los directores deben poder confiar y creer de buena fe que esta misma información es "suficiente, fidedigna y oportuna" (artículo 46 de la Ley N°18.046) susceptible de ser proporcionada también a los accionistas, al público, y, en su caso, a los organismos fiscalizadores respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad

Todo lo anterior a menos que se descubran señales verosímiles, relevantes, indicios graves y razonables o pruebas de inferencia precisas de conductas omisivas, que el director pudiera advertir, conocer, investigar y verificar empleando un grado de diligencia normal o también salvo, claro está, que se hayan designado o elegido ejecutivos manifiestamente incompetentes (Diego Pardow Lorenzo, Responsabilidad Civil de los Directores de Sociedades Anónimas, Memoria de Prueba U. de Chile, Santiago, 2007, págs. 63 y siguientes).

Esto último se aleja del desarrollo de los hechos y de la adecuada valoración de las actas de directorio, cuya secuencia circunstancial ha sido materia fundante de las conductas reprochadas y que finalmente desembocaron en la sanciones impuestas al Presidente José Codner y al Vicepresidente Ejecutivo Alejandro Roseblatt, por tramar el ocultamiento de información durante todo un periodo en relación al resto de los directores sancionados.

Consecuencia de esta omisión fue que estos últimos se mantuvieron como sujetos pasivos respecto de un requerimiento, cuyo conocimiento e investigación se estimó de buena fe que no era relevante ni substancial, tanto para la marcha de los negocios sociales como para los accionistas o que tuviera mérito para convocar una celebración de una sesión extraordinaria de directorio, todo lo cual se pone de manifiesto tanto en la Ficha Estadística Codificada Uniforme (FECU), aprobada en Comité de Directores de 26 de febrero de 2009, como en la Memoria de Farmacias Ahumada S.A. correspondiente año 2008, en la cual se consigna como nota N° 21 de las contingencias, a propósito de la imputación a la compañía de haber incurrido en conductas atentatorias de la libre competencia y para evaluar y dimensionar su riesgo y magnitud se dio cuenta que *"en opinión de los asesores legales de la Sociedad, el requerimiento no debiera prosperar en la forma en que ha sido planteado"*.

La tesis opuesta a esta corriente y que es la que sostiene el voto de mayoría, permite postular que el derecho reconocido a los directores de ser informados, se transforma en un deber jurídico imperativo, cuyo exacto alcance, extensión y contornos precisos resultan ambiguos e imprecisos en cada circunstancia de negocios. En efecto, lo que se pretende por parte de la Superintendencia de Valores

y Seguros es convertir un derecho de acceder a información social en una obligación de exigirla, como un deber personal y conducta típica de los directores respecto de la sociedad que administran. Dicha postura coloca al director en la necesidad concreta y constante de supervisar internamente y poner sistemáticamente en entredicho e incluso a contrastar rigurosamente la veracidad y efectividad de todos los datos que se transmiten al órgano de cual forma parte como miembro, emanada del Gerente General o del Director Ejecutivo en su caso, debiendo en su lugar, ponerse atentamente a la defensiva, reclamando mayores antecedentes, poniéndose a cubierto o intentando descubrir la posible ficción, mendacidad, omisión, distorsión o eventual engaño de la información desvelada, proporcionada y suministrada en las correspondientes sesiones de directorio a través de presentaciones de estados financieros, negociaciones estratégicas, rendiciones de cuentas, control de políticas, memorias, antecedentes, o soportes documentales.

Sexto: Que inclusive yendo mucho más allá, como sucedió en este caso, implica obligar al director a prevenir por encima de la apariencia de normalidad cada caso o bien actuando con un nivel adicional de suspicacia y cuidado difícil de alcanzar, de modo de evitar algún posible ocultamiento o insuficiencia de información

relativa al manejo, desarrollo y gestión por el evento que ésta pueda resultar, en definitiva ser falsa, o derechamente malintencionada, conducta que no está bajo lo esperado respecto a los directores.

En el caso concreto, en las actas colacionadas del Directorio de FASA, constan como es preceptivo las *deliberaciones y acuerdos*, (artículo 48 de la Ley N° 18.046) sin que se haya acreditado de algún modo en estos autos que el tema del requerimiento no fuera tratado o fuera totalmente omitido por el directorio como ocurrió con posterioridad.

En efecto, en sesión de directorio convocada para el 23 de marzo de 2009, la que tuvo por objeto conocer y deliberar a partir de la información que fue proporcionada por Alejandro Roseblatt y José Codner, se rindió cumplida cuenta de la investigación seguida por la FNE en contra de FASA, respecto de la colusión de precios y de los acuerdos alcanzados con la FNE, todo lo cual se lee en el acta pertinente.

Séptimo: Que lo expuesto precedentemente, no se compadece ni es congruente con el ritmo de buena fe y de información veraz, ni con las potestades de control con que funcionan estos órganos colegiados de decisión y provoca una evidente alteración de la regla de gradualidad, causalidad y atribución de responsabilidad por culpa

subjetiva o descuido leve como estándar de diligencia ordinaria que emplea aquel paradigmático y abstracto modelo del " *buen padre de familia*" o bien aquel " *ordenado empresario*" que participa del órgano directivo, según la conocida regla de imputación legal que se contiene y regula en el artículo 41 inciso primero de la Ley N°18.046 que establece que " *Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables*" (Francisco Gutiérrez I. - Nicolás Santana L., "Notas sobre la responsabilidad civil de los Directores de Sociedades Anónimas, Revista Actualidad Jurídica N° 25, Universidad del Desarrollo, Enero 2012; Enrique Alcalde R :La responsabilidad de los directores de Sociedades Anónimas. Responsabilidad Civil y Penal Administrativa, Ediciones UC, 2013; Diego Pardow Lorenzo, Responsabilidad Civil de los Directores de Sociedades Anónimas, Memoria de Prueba U. de Chile, Santiago, 2007).

A mayor abundamiento, pero bajo esta misma perspectiva, el Decreto N° 702 que aprobó el nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas, publicado el día 6 de julio de 2012, posterior en todo caso a los hechos reclamados, en su artículo 78 regula este deber como un

estándar de conducta esperada, que una persona razonablemente prudente emplearía en circunstancias similares en el mejor interés de la sociedad, aplicada tanto para los directores como a los ejecutivos, gerentes y apoderados, señalando en su inciso primero que *"El deber de cuidado y diligencia de los directores incluye, pero no está limitado a, efectuar con el esfuerzo y atención que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, las gestiones necesarias y oportunas para seguir de forma regular y pronunciarse respecto de las cuestiones que plantea la administración de la sociedad, recabando la información suficiente para ello, con la colaboración o asistencia que consideren conveniente"*.

Lo expuesto roza incluso con los principios más trascendentes que emergen de la conformación ontológica del ente de administración social, bajo la concepción institucional u orgánica que se vislumbra y adopta en nuestro país a partir de la reforma del año 1981 (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de ley N° 18.046, Tomo I , "Mensaje de la ley de Sociedades Anónimas, dirigido por el Presidente de la República a la Junta de Gobierno" e "Informe del proyecto de ley del Ministerio de Hacienda, ministro señor Sergio de Castro Spikula, al Presidente de la República") como mecanismo de dirección social, recogido por el legislador cuando señala en el

artículo 39 de la Ley N°18.046 que *"Las funciones de director de una sociedad anónima no son delegables y se ejercen colectivamente, en sala legalmente constituida. 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. Este derecho debe ser ejercido de manera de no afectar la gestión social"*.

De lo anterior se colige que el ejercicio de este derecho y los requerimientos colectivos de información a que da lugar como órgano de dirección superior, se deben hacer en forma completa, y transparente por intermedio del gerente o del apoderado que haga sus veces, de manera de no contravenir la marcha o caer en la intromisión de competencias que derivan o subyacen de una posición social esencialmente directiva, como lo es la del directorio afectando el desenvolvimiento normal o la propia gestión de la sociedad.

Octavo. Que cabe destacar que en el derecho comparado la infracción del deber genérico de la diligencia en el cargo de administrador implica el incumplimiento de obligaciones consideradas de medios; es decir, se responde de las faltas de gestión, pero *no del éxito o del resultado* de la misma. De lo anterior resulta que quien pretenda la responsabilidad de los directores de una sociedad anónima,

deberá acreditar la falta. (Álvaro Vidal Olivares, Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. Bases para la construcción de un sistema unitario, en Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, abril 2005, Lexis Nexis, pp.733-774).

Así, en el derecho norteamericano a propósito del derecho a indagar y monitorear de los directores (*the duty of care; the duty to make inquiry*) se tiene como estándar básico la consideración de la *buena fe* en el desempeño circunstancial de las obligaciones siempre que se desenvuelvan con un grado medio de diligencia y prudencia (William Cary-Melvin Aron Eisenberg, *Case and Materials on Corporations*, Westbury, New York, 1995, capítulo VII, pp. 557-591).

Noveno: Que por las razones que aquí se colacionan y por estimar que ellas se avienen mejor con las normas de buen gobierno societario que debe prevalecer en nuestro país, y se ajustan de mejor manera a los "Principios de gobierno corporativo de la OCDE", (revisados el año 2004) según los cuales un director actúa de esta manera, cuando lo hace disponiendo "siempre de toda la información necesaria, de buena fe, con la diligencia y atención debidas", este disidente es de la opinión de acoger los recursos de casación en el fondo deducidos por los directores reclamantes, al infringir los tribunales del

grado los artículos 39 y 41 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, vicio que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto llevó a la confirmación de las multas impuestas, debiendo haber sido éstas dejadas sin efecto.

Décimo: Que, en cuanto al segundo punto discutido en estos antecedentes, relativo a los efectos de la muerte del sancionado señor Pablo Lamarca Claro, sobre la obligación de pago de la multa que le ha sido en vida impuesta, cabe destacar que se trata de un problema que no encuentra solución en una disposición legal expresa, por lo que resulta apropiado acudir a los principios que inspiran el denominado derecho administrativo sancionador. En este sentido, si bien las sanciones administrativas y las penas penales aplicadas a un ilícito administrativo difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen y emanan de una misma actividad sancionadora del Estado, esto es, el llamado *ius puniendi* estatal y están, efectivamente con matices como destaca el voto de mayoría, sujetas al estatuto establecido en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República. A juicio de este disidente, existe también entre ellas una diferencia no emanada de su naturaleza, sino del órgano que la aplica, una el juez y la otra la administración.

Entonces, en el aspecto analizado, ante la falta de tipicidad y certeza de la precisa conducta sancionada, y siendo como señala la doctrina un "concepto jurídico indeterminado" (Cristian Román Cordero, El Derecho Administrativo sancionador en Chile, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, pp. 89 a 101), resulta posible aplicar, según ha sido asentado en nuestra jurisprudencia (Tribunal Constitucional, Rol N° 244/1996, considerando noveno), los principios generales que informan el derecho penal al ámbito de las sanciones administrativas o infraccionales y es así que el artículo 93 N° 1 del Código del ramo estatuye que la responsabilidad penal, siendo esta personal e intransmisible a los herederos y causa habientes, se extingue por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias cuando al fallecimiento no se hubiere dictado sentencia que se encuentre ejecutoriada. Por consiguiente, no hay ninguna razón para no aplicar el principio en que se basa el citado precepto en cuanto la muerte del infractor constituye una forma de extinción de la responsabilidad que se aplica a las infracciones y sanciones punitivas de orden administrativo.

Ello no implica ir en contra de la naturaleza y finalidad misma del derecho administrativo sancionador, por cuanto las sanciones pecuniarias de orden administrativo

tienen no solo un contenido represivo, sino consecuencias esencialmente patrimoniales que nacen a juicio del disidente , no desde que ellas se notifican sino desde que ellas quedan cabalmente a firmes por haberse resuelto todos los recursos existentes en su contra en el juicio de reclamación y con efecto de cosa juzgada, no siendo exigible demandar antes, ya que en rigor, no han sido rechazadas ni se ha dictado sentencia que tenga la naturaleza de resolución a firme en contra del infractor .

En este caso, la imposición de una pena, multa pecuniaria, sólo hace nacer un crédito condicional a favor del Estado, pero el acreedor adquiere el derecho a cobrarla sólo cuando se cumple cabalmente la condición, esto es cuando la resolución desestimatoria de la reclamación que así lo decide se encuentra a firme o ejecutoriada y se ha dictado el cúmplase irrevocable respectivo. En tal caso sí resulta transmisible a los herederos como un crédito pasivo en contra de la sucesión, lo que en la especie, sin embargo, no acontece.

Por tanto, en razón del principio de la personalidad de la pena pierde también la sanción administrativa toda finalidad en caso de la muerte de quien ha incurrido en la conducta no siendo admisible desplazarla hacia sus herederos, por cuanto se encuentra fatalmente extinguida de

conformidad a lo establecido en el artículo 93 N°1 del Código Penal.

Undécimo: Que, en este orden de ideas, aparece razonable estimar que los herederos no pueden ser responsables por actos que le son ajenos y contravienen la normativa legal administrativa. En el caso específico, producto de una conducta supuestamente atentatoria contra obligaciones dispuestas en la Ley N°18.046 cometida por quien, en función de su cargo, realizó el acto que se reprocha. Una conclusión contraria importaría, en definitiva, desnaturalizar el carácter personal de la sanción, haciéndolos responsables de una culpa ajena, obligándolos a cargar con una obligación en suspenso durante la vida del causante y que por lo mismo, atendida su naturaleza jurídica punitiva, no es exigible a sus herederos.

Duodécimo: Que, de lo anterior, se deriva que tampoco existe infracción alguna a los artículos 51 de la Ley N°19.880 ó 30 del Decreto Ley N° 3.538, por cuanto expresamente este último señala que deducida oportunamente una reclamación, el plazo para el pago de la multa se suspende y el artículo 31 del mismo Decreto dispone expresamente que no será exigible la multa, sino bajo la condición de que se rechace la reclamación, de lo que se desprende que, entonces, dicha multa no se encuentra

ejecutoriada mientras esté pendiente de resolución jurisdiccional a firme el reclamo deducido. En consecuencia, al no existir tal ejecutoria, la muerte del sancionado provoca la aplicación del mencionado artículo 93 N°1 del Código Penal, extinguiendo por lo consiguiente su responsabilidad administrativa, por cuanto hace imposible la continuación del procedimiento destinado a establecer su responsabilidad.

Décimo Tercero: Que, en cuanto al artículo 20 del Código Penal, en cuanto señala que no se reputan penas *“las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administradores en uso de su jurisdicción disciplinaria o atribuciones gubernativas”*, esa declaración está vinculada con el artículo 1° del mismo cuerpo legal, para el sólo efecto de establecer que la pena pecuniaria contemplada en el derecho administrativo no le otorga al ilícito el carácter de delito penal, por lo que tampoco queda comprendida en la clasificación efectuada por el artículo 3° del mismo cuerpo de leyes y que tal como la ha sostenido el profesor Enrique Cury *“el empleo del verbo reputar en el encabezamiento de la norma subraya el carácter artificioso de la distinción, pues significa que a tales sanciones no se las tendrá por penas no obstante que naturalmente lo son”* (Derecho Penal, Parte General,

Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p.107).

Décimo Cuarto: Que de los términos expuestos, sólo es posible concluir que los jueces de la instancia no han incurrido en error de derecho al declarar la extinción de la responsabilidad administrativa de una persona natural derivada de su deceso durante la tramitación del proceso judicial de reclamación de la multa impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros, por lo que nada pudo transmitir a sus herederos, siendo por lo tanto este disidente de opinión de rechazar el recurso de casación deducido por el organismo fiscalizador, al no verificarse las infracciones de ley por él denunciadas.

Regístrese.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval y de la prevención y disidencia, sus autores.

Rol N° 3.389-2015.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Gloria Ana Chevesich R., Sr. Carlos Aránguiz Z., y el Abogado Integrante Sr. Arturo Prado P. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra señora Chevesich por estar en comisión de servicios y el Abogado Integrante señor Prado por estar ausente. Santiago, 03 de diciembre de 2015.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a tres de diciembre de dos mil quince,
notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución
precedente.