

LA REGLA DE LA MEJOR DECISIÓN DE LOS NEGOCIOS (BJR) EN LA SELECCIÓN DEL MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

THE BUSINESS JUDGMENT RULE (BJR) IN THE SELECTION OF A DISPUTE RESOLUTION METHOD

ENRIQUE ALCALDE RODRÍGUEZ *
SIMÓN ZANARTU GOMIEN**

RESUMEN

El presente trabajo analiza la elección del foro de litigación como decisión estratégica de gobierno corporativo, dogmáticamente reconducible a una “*obligación de medios*” sujeta al deber de cuidado de los administradores societarios. A partir de un enfoque *inspirado en el análisis económico del derecho* y mediante el examen de veinte hipótesis ilustrativas, se evalúa la eficiencia de los mecanismos de resolución de conflictos integrando variables como la valoración económica del tiempo, la especialización técnica y los costos de transacción. Asimismo, se interroga sobre la aplicabilidad, en este específico ámbito, de la *Business Judgment Rule* (en adelante también, BJR o “Regla del juicio de negocios”) como estándar de revisión judicial en el ordenamiento chileno. Se sostiene que su eficacia exoneradora no es automática, sino que depende de la configuración de sus presupuestos habilitantes: información suficiente, deliberación documentada, buena fe y ausencia de conflictos de interés. Se concluye que el cumplimiento de los deberes fiduciarios exige documentar el *iter* decisonal de la elección del foro con el rigor propio de toda decisión empresarial de relevancia social.

Palabras clave: responsabilidad de directores; *Business Judgment Rule*; elección del foro; arbitraje; deberes fiduciarios; gobierno corporativo.

*Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Titular de Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Director e investigador asociado del Centro de Gobierno Corporativo UC. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-3009-8760>. Correo electrónico: ealcalder@uc.cl.

**Master en Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. Profesor de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica de Chile. Coordinador académico del diplomado en Derecho Procesal Avanzado y Litigación, mención civil, UC. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1548-6128>. Correo electrónico: simon.zanartu@uc.cl.

Trabajo recibido el 15 de mayo de 2026 y aceptado para su publicación el 30 de junio de 2026.

ABSTRACT

This article analyzes the selection of the litigation forum as a strategic corporate governance decision, technically categorized as an “obligation of means” (duty of best efforts) subject to the *duty of care*. Through an approach inspired by the economic analysis of law and the examination of twenty case studies, the efficiency of dispute resolution mechanisms is evaluated by integrating variables such as the economic valuation of time, technical expertise, and transaction costs. Furthermore, the applicability of the “*Business Judgment Rule*” as a standard of judicial review within the Chilean legal system is examined in this specific context. The study argues that its effectiveness as a liability waiver is not automatic but contingent upon the fulfillment of its qualifying prerequisites: sufficient information, documented deliberation, and the absence of conflicts of interest. It concludes that the fulfillment of fiduciary duties requires documenting the logical reasoning (*iter lógico*) behind the *forum selection* with the rigor inherent to any business decision of corporate significance.

Keywords: directors’ liability; *Business Judgment Rule*; *forum selection*; arbitration; fiduciary duties; corporate governance.

I. INTRODUCCIÓN

La administración de las sociedades anónimas y por acciones impone a sus directores y ejecutivos principales un conjunto de deberes fiduciarios que, esencialmente, se articulan en torno al deber de cuidado y deber de lealtad. Tales deberes orientan el juicio de imputación que corresponde formular cuando la actuación del administrador se traduce en un detrimento patrimonial o reputacional para la sociedad. Dentro de las diversas decisiones relevantes que deben adoptarse al interior del directorio o gerencia, existe una que, pese a su importancia práctica, ha sido escasamente desarrollada en la dogmática nacional, esto es, la *elección del foro de litigación*. Esta decisión consiste, en términos simples, en determinar el mecanismo –arbitraje institucional o *ad hoc*, justicia ordinaria, mediación, transacción– mediante el cual la compañía prevendrá o enfrentará una disputa de relevancia económica.

El presente artículo examina, bajo una óptica sistémica, bajo qué presupuestos la decisión del directorio o del gerente legal sobre el mecanismo de resolución de conflicto se encuentra amparada por la *Business Judgment Rule* y, recíprocamente, en qué escenario tal decisión constituye una infracción al deber de cuidado o al deber de lealtad. Nuestra hipótesis es que la elección del foro constituye una decisión empresarial reconducible a la categoría de la obligación de medios, por lo

que su revisión judicial debe ceñirse al examen del *iter* procedimental.

La metodología utilizada combina el análisis dogmático del régimen chileno de la responsabilidad de los administradores –construido sobre la Ley 18.046, la Ley 18.045 y la doctrina civilista clásica– con aportes provenientes del análisis económico del derecho y de la economía conductual. El trabajo se estructura de la siguiente manera: la primera sección reconstruye el régimen general de responsabilidad de los administradores; la segunda examina la previsibilidad económica del conflicto; la tercera aborda la gestión del conflicto como capacidad organizacional, sus costos y los sesgos cognitivos involucrados; la cuarta analiza la aplicabilidad de la BJR a la elección del foro mediante hipótesis ilustrativas; y la quinta sistematiza las conclusiones.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES Y EJECUTIVOS PRINCIPALES, EN GENERAL ¹

La primera y principal actividad que se debe realizar por los directores –y *ejecutivos principales*, en lo que a ellos compete²– consiste en administrar las compañías cuya gestión se les ha encomendado. Administrar, entendido en su acepción más amplia, supone trazar el rumbo, gobernar y dirigir los negocios de una sociedad o persona.

Más allá de esa caracterización general, la doctrina ha venido precisando que administrar entraña desplegar una actividad orientada a preservar, conservar y explotar un bien determinado o patrimonio, procurando obtener de él el máximo rendimiento económico con el menor desgaste posible de los bienes. Llevada esa idea al ámbito societario, la labor del administrador se traduce en dirigir y armonizar las actividades de la empresa, con arreglo a criterios de eficacia técnica y obtención del máximo beneficio, todo ello al servicio del *interés social*.³

¹ Las ideas desarrolladas en este capítulo recogen, en lo medular, planteamientos previamente expuestos por: ALCALDE, Enrique, “El deber de cuidado de los directores y la aplicabilidad de la regla del juicio de negocios en Chile”, *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, 2025, N° 16.

² Según lo prescrito por el inciso segundo del artículo 68 de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores, “[s]e entenderá por ejecutivo principal a cualquier persona natural que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solo o junto con otros. En el desempeño de las actividades precedentemente señaladas no se atenderá a la calidad, forma o modalidad laboral o contractual bajo la cual el ejecutivo principal esté relacionado a la entidad, ni al título o denominación de su cargo o trabajo, independientemente de la denominación que se les otorgue.

³ Sobre la naturaleza y efectos del “interés social”, puede verse un exhaustivo análisis en ALCALDE, Enrique; GUERRERO, Roberto, *Tratado teórico práctico de la sociedad anónima y responsabilidad de sus administradores*, Ediciones UC, Santiago, 2024, pp. 600 y ss.

No puede perderse de vista que buena parte de las decisiones que adoptan los administradores presentan una complejidad para nada despreciable, suelen tomarse en escenarios de riesgo y frecuentemente bajo plazos muy acotados. A dicha dificultad se añade que los jueces, por regla general, no cuentan con la formación técnica ni con la experiencia práctica que requiere la gestión empresarial. De ahí que se vuelve especialmente ardua la tarea de reconstruir *a posteriori* lo sucedido, atendida la multiplicidad de variables que confluyen en cada decisión.⁴

Cabe recordar, asimismo, que la obligación que asumen los administradores al aceptar el cargo no se extiende a garantizar el éxito económico del negocio, pues de lo contrario equivaldría a hacerlos responsables de las contingencias que exceden la diligencia exigible. Su deber se circunscribe más bien a desempeñar sus funciones cumpliendo con la ley y los estatutos, procurando así satisfacer el interés social. Y para ello, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de oficios, no se dispone, propiamente, de una *lex artis* que permita a los tribunales valorar, en concreto, si la decisión de un director o ejecutivo, adoptada en un contexto de riesgo mercantil, se adecuó o no al modelo de conducta que legalmente exigido.⁵

Por lo mismo, el juicio de diligencia no puede realizarse sobre el resultado finalmente obtenido, sino sobre la oportunidad o razonabilidad de la decisión en el momento en que fue adoptada, aun cuando el desenlace haya sido desastroso.⁶ Lo decisivo es distinguir el riesgo propio de la empresa del riesgo derivado de una gestión negligente, pues únicamente este último resulta imputable a los administradores.⁷

De lo expuesto, se desprende que el deber de cuidado que pesa sobre el administrador societario encaja naturalmente dentro de la categoría dogmática que la doctrina ha denominado “obligación de medios”, en contraposición a la llamada “obligación de resultado”.⁸

⁴ DÍAZ, José Luis, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 230.

⁵ BELTRÁN, Emilio, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles”, en: BELTRÁN, Emilio; ROJO, Ángel José (Coords.), *La responsabilidad de los administradores*, Tirant lo Blanch, España, 2009, pp. 241-293.

⁶ HAMILTON, Robert, *Corporations*, West Publishing Co, St. Paul, Minnesota, 1997, Cuarta Edición, p. 426.

⁷ MORILLAS, María José, *Las Normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, pp. 367-368.

⁸ Los hermanos MAZEAUD, la han conceptualizado como la *summa divisio* de las obligaciones, distinguiendo entre “obligaciones de prudencia y diligencia” (obligación de medios) y “obligaciones determinadas” (obligación de resultado); propugnando también su plena aplicación en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual véase MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil, Parte segunda*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires,

Las primeras son aquellas que se satisfacen con que el deudor despliegue un determinado grado de diligencia y cuidado, sin extender la exigencia a la efectiva materialización del fin perseguido; las segundas, por el contrario, exigen un determinado resultado.

En la “obligación de medios”, la prestación material constituye una eventualidad cuyo acaecimiento no es indispensable, pues basta con que el deudor actúe con la diligencia que les es exigible, al margen de que se concrete o no el resultado deseado. Por el contrario, en las “obligaciones de resultado”, la consecución del fin no admite contingencia alguna, de modo que su no obtención genera, sin más, la responsabilidad del deudor frente al acreedor.⁹ De ahí, que en las primeras el riesgo de la operación recaiga sobre el acreedor, que solo puede reclamar del deudor una actividad diligente, mientras que en las segundas el riesgo lo soporta el deudor, comprometido a entregar un resultado determinado.¹⁰

Sentado lo anterior, calificar como obligación de medios la tarea de administrar que poseen los directores y ejecutivos presenta importantes consecuencias prácticas.

La implicancia de tal calificación radica en cerrar la puerta a una responsabilidad objetiva construida sobre la ausencia de un resultado favorable, sea entendido este como perjuicio o como falta de beneficio y ello es, precisamente, lo que configura un supuesto reconducible a la órbita de la responsabilidad por culpa.¹¹

En razón de lo anterior, se sigue que un administrador no es responsable por el mero hecho de que una decisión termine causando perjuicio a la sociedad, siempre que haya actuado con la diligencia que se le exige. La idea de fondo es que

Volumen II, 1960, p. 21. HERNÁNDEZ GIL, por su parte, señala que el grado de colaboración del deudor respecto del fin (o resultado) no es siempre igual. “El fin puede, jurídicamente, quedar fuera de la prestación o formar parte de la misma. En el primer caso (‘obligación de medios’) la prestación se nutre sólo del comportamiento (activo o pasivo) del deudor; su obligación no se extiende más allá. Que el acreedor obtenga o no el resultado a que, sin duda, tendió es indiferente (...). En el segundo caso (‘obligación de resultado’), por el contrario, el fin (resultado) forma parte de la prestación” véase HERNÁNDEZ, Antonio, *Derecho de Obligaciones*, Editorial Ceura, Madrid, 1983, pp. 125-126.

⁹ A la responsabilidad derivada de cada una de estas categorías de obligaciones corresponden diversas eximentes. En las obligaciones de medio, la eximente es la falta de culpa, pues la responsabilidad se imputa sobre la base de factores subjetivos de atribución. En las obligaciones de resultado, en cambio, la responsabilidad se imputa sobre la base de factores objetivos y por lo tanto las eximentes se vinculan al rompimiento del nexo causal; no le basta al deudor probar su falta de culpa, sino que debe acreditar el caso fortuito (o fuerza mayor), el hecho de la víctima o del tercero por quien no debe responder, es decir, la “causa ajena” véase BORETTO, Mauricio, *Responsabilidad Civil y Concursal de los Administradores de las Sociedades Comerciales*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 107.

¹⁰ DÍAZ, cit (n. 4), p. 85.

¹¹ GAGLIARDO, Mariano, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 672.

los tribunales no deben evaluar si la decisión de negocio fue “buena o mala”, sino revisar cómo se tomó la decisión. En definitiva, lo relevante no es el resultado, sino el procedimiento y la diligencia con que se actuó, ello, por cuanto es perfectamente posible que un negocio fracase aun cuando el administrador haya actuado de manera diligente.

Ahora bien, dado que el lucro constituye la finalidad de toda sociedad, su consecución implica inevitablemente la asunción de riesgos e incertidumbre en la toma de decisiones empresariales. En ese contexto, dicho elemento debe ser debidamente considerado al momento de evaluar la eventual responsabilidad de los administradores, especialmente cuando se les imputa una infracción al deber de cuidado.

Por último, es importante distinguir entre sociedades cerradas, sociedades por acciones y sociedades abiertas, pues en la práctica funcionan de manera distinta, lo que incide directamente en la forma en que se evalúa la gestión de sus administradores. En efecto, en las sociedades cerradas, que son predominantes, existe una relación más directa entre los socios y la gestión, lo que explica que sea más frecuente el cuestionamiento de las decisiones de los directores, por el contrario, en las sociedades abiertas, los accionistas suelen adoptar una postura más bien pasiva, propia de un inversionista, quien encuentra en la enajenación de sus acciones la respuesta a su disconformidad con la administración social, siendo innecesaria la promoción de acciones de responsabilidad.¹²

III. EL COSTO APROXIMADO DE UN CONFLICTO ES PREVISIBLE, Y LA ELECCIÓN DEL MECANISMO PARA RESOLVERLO TAMBIÉN TIENE QUE SATISFACER EL INTERÉS SOCIAL

Como señalamos, la primera y fundamental actividad que deben realizar los directores y ejecutivos principales es administrar las compañías cuya gestión se les ha encomendado, labor que supone preservar, conservar y explotar el patrimonio, procurando obtener su máximo rendimiento económico, mediante el mínimo deterioro de los bienes administrados, dirigiendo las actividades de la empresa según criterios de eficacia técnica y obtención del máximo beneficio del interés social.

Pero la actividad de administrar no está exenta de riesgos, sino todo lo contrario, está llena de ellos, muchos de los cuales son judicializables, y forman parte del deber de todo director o ejecutivo principal que aspire a actuar con la

¹² ODRIOZOLA, Carlos, “¿Reforma del Régimen de Responsabilidad de los Directores o Necesidad de una Adecuada Interpretación?”, *La Ley*, 11 de marzo, 1983 B, 1982, p. 707.

diligencia debida, tomar decisiones informadas y de buena fe considerando también los riesgos de resolver disputas, de manera extrajudicial o judicial, pues una disputa mal manejada bien puede comprometer la viabilidad financiera de una compañía, no solo depreciando su valor, sino incluso llevándola a la quiebra.

Elegir entre negociar –ceder– o litigar hasta la última instancia –que equivale a no ceder nada– no es simplemente una cuestión jurídica, sino una decisión de eficiencia que muchas veces se desconoce o se conoce parcialmente.¹³ Cada mecanismo conlleva costos, tiempos, riesgos y niveles distintos de precisión y especialización. En el caso chileno, hoy es posible conocer con la debida antelación datos precisos sobre, por ejemplo, cuáles son los efectos tributarios de una transacción o las sentencias judiciales que puedan afectar a la compañía¹⁴ o, cuándo y cómo reaccionar oportunamente ante escenarios de insolvencia. En complemento de lo anterior, la información estadística del Poder Judicial permite observar con claridad el nivel de carga del sistema judicial, elemento importante a la hora de proyectar el costo de la demanda y el valor esperado de ésta.¹⁵ Estas herramientas, utilizadas adecuadamente, permiten a los administradores societarios tomar una decisión razonada, en lugar de basarse solo en la intuición o en lo que predique la práctica forense.

Al mismo tiempo, el crecimiento sostenido de mecanismos alternativos como los administrados por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de

¹³ POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, USA, 1986, 3ra ed., pp. 517–557. El autor modela la decisión de litigar como una inversión sujeta a retornos esperados y costos, demostrando que la elección del foro es, en esencia, una decisión de asignación eficiente de recursos bajo distintos regímenes procesales.

¹⁴ ZAÑARTU, Simón, “Reforma tributaria y resolución de conflictos”, *Diario Financiero*, Opinión, 25.02.2020, en línea: <https://www.df.cl/opinion/columnistas/reforma-tributaria-y-resolucion-de-conflictos> (consultada: 20 de marzo de 2026). Atender oportunamente los beneficios o perjuicios tributarios asociados con el manejo del conflicto no es solo una cuestión de cumplimiento, sino una dimensión relevante en la toma de decisiones empresariales responsables. En consecuencia, las sentencias judiciales producen efectos tributarios, y dichos efectos –o riesgos– pueden identificarse y evaluarse antes de que se inicie el proceso judicial. En efecto, la obligación tributaria que deriva de una sentencia judicial ejecutoriada no será la misma, por ejemplo, si la condena se refiere al cumplimiento forzado de una obligación contractual, la declaración de nulidad de un contrato, o si de ella emana la obligación de indemnizar algún daño. Asimismo, los efectos tributarios de la sentencia variarán según la posición procesal que adopte la parte –como demandante o demandado–, e incluso pueden proyectarse hacia a terceros. Pero no solo las sentencias judiciales generan consecuencias tributarias, sino también las transacciones celebradas en un marco de mediación, conciliación u otro mecanismo de gestión y resolución de conflicto.

¹⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Law and Economics*, Berkeley Law Books, USA, 2016, p. 388. Los litigantes toman decisiones bajo ciertas divergencias, y de acuerdo a ellas esperan un determinado valor. En el caso chileno, por analogía, la información estadística del Poder Judicial podría ayudar a reducir dicha divergencia y facilitar decisiones más eficientes.

Comercio de Santiago (en adelante, “CAM Santiago”) y otros centros en los que se administran resoluciones de disputas, muestran que el mercado ya está revelando su preferencia por métodos más rápidos y especializados, siempre y cuando el contexto lo exija.¹⁶ Esto no es casualidad sino más bien una respuesta natural a la necesidad de minimizar costos y reducir incertidumbre.¹⁷

Tal como se ha anticipado, actualmente es factible ajustar la elección del foro con acceso a la evidencia pública que ofrece la plataforma del Poder Judicial. Con dichos datos, una empresa podría, por ejemplo, prever el costo del tiempo de la vía judicial escogida, incluida la eventualidad de escalar el asunto a las Cortes de Apelaciones o Corte Suprema, y compararlo con alternativas cooperativas o especializadas. Todo lo anterior, a fin de proyectar una elección eficiente que implica medir antes de decidir, superando el mero diseño activo de los contratos.¹⁸

En ese sentido, lo anterior permitiría transitar de la mera intuición a un análisis de tiempo, exposición pública y necesidades probatorias, identificando, por ejemplo, *ex ante*, en qué materias y territorios existe una mayor congestión y dónde la diferencia de tiempo puede volverse económicamente decisiva. Aunque desde ya hacemos presente que la solución intuitiva de expandir el número de jueces a fin de solucionar el problema de la demora judicial, podría también aumentar la demanda de litigios, pues se induciría a aquellas personas que antes se veían disuadidas por la demora a utilizar los tribunales, por ello es que la demora judicial excesiva no es –y esto es contraintuitivo– siempre la consecuencia inevitable de que la demanda por litigar sea alta y el tiempo de los jueces limitado.¹⁹ De ahí que resulta adecuado promover la conjetura de que no necesariamente existe un único elemento o mecanismo resolutivo en este tipo de problemática, puesto que

¹⁶ STIPANOWICH, Thomas J.; LAMARE, J. Ryan, “Living with ‘ADR’: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations”, *Harvard Negotiation Law Review*, 2014, vol. 19 N°1, p. 51. En las últimas décadas se ha ido desplazando progresivamente la litigación tradicional hacia mecanismos de resolución alternativa, especialmente la mediación, motivada principalmente por razones de privacidad, informalidad, flexibilidad y control. Asimismo, la mediación es vista como una respuesta natural al costo, duración y riesgos percibidos.

¹⁷ WILLIAMSON, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, USA, 1985, p. 34. Los agentes diseñan estructuras de gobernanza para resolver disputas, y así minimizar los costos de transacción, donde el uso del arbitraje podría ser un remedio dadas ciertas condiciones.

¹⁸ SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, USA, 2004, p. 394. Aunque las partes intentan diseñar los contratos para reducir conflictos y costos de litigio, muchos contratos son insuficientemente detallados, por lo que no prevén todos los escenarios problemáticos, persistiendo así divergencias en los incentivos.

¹⁹ POSNER, cit. (n. 13), pp. 545-548. La demora judicial no es un fenómeno meramente negativo ni un simple desperdicio de tiempo, sino más bien un problema económico de asignación de recurso escaso como lo es el tiempo judicial.

el análisis es multifactorial.²⁰ Es éste el análisis costo-beneficio que debe aplicar todo director o ejecutivo principal al momento de manejar un conflicto si pretende cumplir con el estándar de diligencia debida al que se encuentra obligado.

IV. LA RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y GERENTES LEGALES EN LA TOMA DE DECISIONES SOBRE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El rol del administrador no se limita simplemente a “ganar” un juicio, sino más bien a maximizar el valor esperado del resultado del conflicto para la organización. Por ello es que se plantea una mirada que va más allá de lo estrictamente jurídico, siendo perentorio tener presente variables económicas, operativas e incluso reputacionales. Esto supone, por ejemplo, anticipar los costos asociados al tiempo que puede demandar la litigación, evaluar la probabilidad real de éxito, considerar el impacto que el conflicto puede tener en la relación con las contrapartes y ponderar la eventual exposición pública que se pudiese generarse.

Sin ir más lejos, la congestión en las instancias judiciales superiores puede entenderse como la consecuencia de una decisión estratégica que *ex post* provoca una pérdida de valor importante para la firma. En efecto, este tipo de situaciones pone en evidencia los riesgos que el agente debió haber evaluado *ex ante* al definir una estrategia judicial, pues la elección del foro –al igual que otras decisiones– no es naturalmente neutra en términos económicos, puesto que bien puede generar costos de agencia cuando no responden a la maximización del valor total de la organización.²¹

En ese sentido, la estrategia de resolución de conflictos ya no depende solo del abogado litigante, sino también del nivel del gobierno corporativo de la empresa, pues exige coordinación interna, manejo de información, visión estratégica, entre otros elementos.²² De esta manera, la visión tradicional de entender la resolución

²⁰ GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; RUDOLPH COLE, Sarah, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2012, 6ta ed., pp. 417-503. Tanto es así, que en el diseño de la resolución de disputas incluso se observan diversas variantes de mediación y arbitraje dependiendo de las características y necesidades del asunto en cuestión.

²¹ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H., “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, *Journal of Financial Economics*, 1976, vol. 3, p. 308. Los agentes no siempre maximizan el valor de la firma, lo que genera costos de agencia, por lo cual, la conducta gerencial se encuentra íntimamente ligada al problema clásico de alinear los incentivos para la generación de valor.

²² FAMA, Eugene F.; JENSEN, Michael C., “Separation of Ownership and Control”, *The Journal of Law and Economics*, 1983, vol. XXVI, pp. 303-304. La elección del foro podría representarse como una *decision management*, sujeta al control del gobierno corporativo.

de conflicto como un asunto meramente jurídico, fue ampliamente superada por la aplicación moderna de gestión del conflicto como un riesgo, que no es sino la solución a un problema económico.²³

Sin duda, la estrategia de resolución de conflicto dejó de ser un asunto meramente procesal para transformarse en una verdadera capacidad organizacional. Por ello, resulta indispensable que exista coordinación entre las distintas unidades de la organización y una gobernanza acerca de las cuestiones importantes tales como quién decide, con qué tipo de información, en qué plazos y bajo qué criterios. De este modo, es deber del ejecutivo asegurarse de que existan procesos internos para generar evidencia oportuna que permita gestionar información, preparar peritajes, atender requerimientos y sostener reuniones con la calidad y puntualidad necesarias, es decir, todo lo necesario para contar con una infraestructura organizacional que facilite un manejo del conflicto de manera estratégica, informada, y por sobre todo, alineada con el interés de la compañía.

Finalmente, la responsabilidad ejecutiva se alza como un elemento importante de aprendizaje, dado que cada situación de conflicto deja una enseñanza que seguramente ayudará —es deseable que así sea— a mejorar futuras cláusulas de resolución de controversias, diseños de escalamiento, estándares de prueba, distribución de riesgos y mecanismos de salida. Cuestionarse qué funcionó y qué no, en qué se perdió tiempo, qué evidencia faltó, qué proveedores rindieron mejor, qué cambios introducir en los contratos y en la propia gobernanza, son una clara muestra del aprendizaje involucrado en este ámbito. En definitiva, en el más optimista de los casos, una experiencia costosa bien podría transformarse en un beneficio para la posteridad.

4.1.- Elementos para considerar en la decisión

Existen varios factores determinantes que deben ponderarse antes de escoger el mecanismo óptimo de resolución. Uno de ellos es el costo de transacción, que incluye los honorarios de los abogados, la necesidad de pericias, logística, entre otros.

Además del costo de transacción, conviene integrar a la decisión el gobierno corporativo de la firma y de la capacidad de ejecución de ésta, lo cual está íntimamente ligado con el deber de supervisión. Lo anterior es de importancia vital,

²³ COASE, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, pp. 1-44. De manera tangencial y general puede anclarse la idea de que, bajo el supuesto de costos de transacción bajos o inexistentes, los derechos de propiedad fijados en los fallos judiciales tienden a ser reasignados hacia quienes los valoran más, aunque las cortes fallen en contra de los mismos. De ello se sigue que el conflicto jurídico no se agota en una cuestión de dogmática procesal, pues según como se configuren y asignen los derechos, los recursos podrán utilizarse de manera más o menos eficiente.

ya que un mecanismo puede ser eficiente en lo abstracto pero resultar ineficiente en la práctica si en definitiva la firma no cuenta con la referida infraestructura organizacional.²⁴ No sorprende, por tanto, que la calidad de la información y la disciplina de cumplimiento en el ámbito procesal terminen inclinando la balanza, pues donde hay orden y respuestas oportunas, la empresa puede capturar de mejor manera los beneficios de los mecanismos empleados; en cambio, donde no los hay, los costos aumentan, encareciendo en consecuencia el medio utilizado.

Otros elementos relevantes son la confidencialidad y la relación futura entre las partes, pues en la práctica suelen ser más determinante de lo que se cree. En particular, cuando la controversia involucra cadenas de suministros, contratos de largo plazo o comunidades locales, la exposición pública del conflicto puede generar costos que exceden lo estrictamente jurídico. Estos costos pueden manifestarse en un plano reputacional, regulatorio e incluso político, afectando no solo el resultado del litigio, sino también la estabilidad del negocio. Así, los mecanismos que resguardan la confidencialidad facilitan soluciones mucho más creativas y evitan un escalamiento mediático.²⁵ En cambio, cuando se requieren señales claras hacia el mercado, la industria o terceros “oportunistas”, una resolución de conflicto pública podría ser mucho más deseable, siempre y cuando el costo del tiempo y el riesgo de error no desnaturalicen el objetivo.

Asimismo, la asimetría de información y la calidad probatoria también son factores que se deben conjugar. Evidentemente, no es lo mismo enfrentar un conflicto disponiendo de todos los antecedentes relevantes, que hacerlo dependiendo de información que solo posee la contraparte o cuya obtención implique un costo elevado o gestiones complejas. Por ello resulta clave elegir un mecanismo que permita reducir esa incertidumbre y valorar *ex ante* el mérito del caso, pues de lo contrario, las posibilidades de solucionar el conflicto fuera de un tribunal disminuyen considerablemente.²⁶ Lo mismo con la disponibilidad, independencia y credibilidad de peritos, ya que, en materias altamente técnicas, la posibilidad de someter la controversia a decisores con experiencia sectorial disminuye el riesgo de error y, por ende, el costo económico de una decisión equivocada.

Por otra parte, la urgencia y la necesidad de cautela son otro eje crítico a abordar, dado que hay conflictos en que el valor se decide en pocos días, tales como evitar una interrupción de servicio, impedir la desviación de clientes

²⁴ Véase *infra*.

²⁵ MENKELMEADOW, Carrie, “Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)”, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 1995, N° 1767, p. 2683. A veces la privacidad de la disputa es una condición necesaria para llegar a acuerdo.

²⁶ SHAVELL, Steven, “Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis”, *The Journal of Legal Studies*, 1995, vol. 24, p. 7.

o preservar activos que se deprecian rápidamente. Por consiguiente, cuando existe un riesgo de un daño irreparable, el diseño debe priorizar el acceso rápido a medidas provisionales efectivas y a mecanismos que permitan estabilizar el proyecto mientras se discute el fondo. Si, por el contrario, el asunto tolera la demora y los efectos de ésta se encuentran bajo control, puede ser razonable privilegiar foros que, aunque más lentos, entreguen criterios vinculantes o mayor certeza. En ese sentido, procedimientos que suelen considerarse más rápidos o económicos no siempre lo son, pues, en determinados casos, pueden tornarse extensos y costosos, del mismo modo que mecanismos tradicionalmente más formales pueden estructurarse de manera abreviada.²⁷ Así, no cabe duda de que la elección del foro no debe apoyarse únicamente en consideraciones abstractas de duración o costo, sino más bien en una valoración circunstancial del grado de urgencia, la tolerancia a la demora y la necesidad de certeza jurídica.

Por último, es conveniente incorporar una visión dinámica al conflicto pues sabemos que los casos evolucionan, ya que aparecen hechos nuevos, mutan los incentivos de las partes, cambia el entorno regulatorio y se reconfiguran los proyectos del negocio. De esta forma, la elección del foro se puede concebir como una decisión bajo información imperfecta, en la que cada movimiento realizado impacta tanto el resultado presente como en el futuro. En particular, variaciones en el monto en disputa o en los costos de litigación de las partes alteran directamente el equilibrio del conflicto.²⁸ Es por ello que la estrategia más eficiente es la que se planifica como un proceso escalonado, con revisiones periódicas y mayor capacidad de movimiento.

4.2.- *Los costos de una mala decisión*

Una mala elección del mecanismo de resolución de conflicto no solo encarece el proceso, sino que puede traducirse en una destrucción de valor para la compañía. En términos simples, una decisión equivocada tiene el potencial de transformar un conflicto inicialmente manejable en un pasivo de largo plazo, aumentando los costos y amplificando los efectos negativos que desbordan lo estrictamente jurídico. Como se puede apreciar, el costo no está solo en la cuenta del abogado que dirige

²⁷ SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B., "Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure", *Negotiation Journal*, 1994, p. 52. Algunas veces, las partes pueden optar por un *minitrial* relativamente sencillo, con una preparación mínima para elaborar argumentos y presentar prueba; mientras que otras veces, participarán en una mediación extensa y formalizada, la que será costosa y requerirá más tiempo.

²⁸ BEBCHUK, Lucian Arye, "Litigation and Settlement Under Imperfect Information", *RAND Journal of Economics*, 1984, vol. 15 N°3, p. 409. Existe una relación entre el monto del acuerdo, la probabilidad del acuerdo, y los costos del litigio.

la estrategia procesal, sino más bien en la oportunidad perdida, la que se traduce en proyectos pospuestos, ventanas comerciales que se cierran, financiamientos que se encarecen, equipos que desvían su foco y un cansancio institucional que afecta la ejecución del negocio en sí mismo.

Cuando un asunto objeto de soluciones creativas se empuja lisa y llanamente al litigio en la justicia ordinaria, sin mayor análisis, el proceso puede durar años. Esta dilación suele traducirse en mayores provisiones contables, revelación de contingencias que el mercado castiga²⁹ y en una incertidumbre que termina condicionando las decisiones de inversión. En la misma línea, también resulta perjudicial optar por una vía lenta o excesivamente rígida cuando la controversia exige una respuesta rápida, pues hay situaciones en las que el valor en juego se define en cuestión de días, no de años. A ello se suma, que los conflictos prolongados en el tiempo y expuestos al escrutinio público tienden a deteriorar la confianza de los diversos *stakeholders*.

El error inverso es igualmente costoso, esto es, cuando se opta por una vía rápida toda vez que la controversia requería un tratamiento mucho más pausado o estructurado en razón de la discusión técnica o probanzas complejas de generar.

Si se ingresa por una vía que no ofrece una respuesta oportuna, el daño puede tornarse irreversible y, aunque más tarde se obtenga una sentencia favorable, llega demasiado tarde para reparar el perjuicio económico o reputacional causado. Por consiguiente, la pregunta relevante no es cuál es el mecanismo “correcto” en sí mismo, sino en qué medida los distintos foros permiten satisfacer los objetivos concretos de las partes y superar los obstáculos que dificultan una solución, ello, puesto que no hay una solución automática, y no por ello resulta erróneo el análisis.³⁰

El error más común es persistir en el camino equivocado por sesgos conductuales tales como exceso de confianza, aversión a la pérdida o ilusión de control. En efecto, seguir litigando porque ya invertimos demasiado es convertir un costo hundido en un costo de oportunidad, lo que nos parece, al menos, una situación que amerita ser analizada, por cuanto una pasividad prolongada en este contexto creemos podría ser sancionada.

Lo anterior es relevante, ya que de esta forma el error más costoso podría no necesariamente consistir en la elección inicial del foro, sino que en persistir en él una vez que los hechos revelen que es una decisión equivocada. Por consiguiente,

²⁹ HEALY, Paul M.; PALEPU, Krishna G., “Information Asymmetry, Corporate Disclosure, and the Capital Markets: A Review of the Empirical Disclosure Literature”, *Journal of Accounting & Economics*, 2001, vol. 31, p. 429. No debe confundirse con la divulgación voluntaria que hacen las empresas, pues en ella el efecto buscado es diametralmente distinto, en cuanto un mayor nivel de transparencia debería permitir mejorar la liquidez de las acciones, experimentando un aumento significativo y simultáneo en el precio de ellas.

³⁰ SANDER y GOLDBERG, cit. (n. 27), p. 66.

e independientemente de los aportes de la economía conductual, desde un punto de vista meramente jurídico, la infracción al deber de cuidado no se agota en la elección inicial del foro, pues bien podría configurarse, o incluso agravarse, si el director o alto ejecutivo contando con antecedentes suficientes, omite corregir una estrategia que se ha vuelto manifiestamente perjudicial para el interés social.

En síntesis, los costos de una mala decisión no se limitan al plano jurídico, sino que también se proyectan a los ámbitos financieros, operativos, reputacionales y estratégicos. Prevenirlos implica medir el costo del tiempo, proyectar la capacidad de ejecución, asegurar la capacidad interna para sostener el mecanismo elegido y mantener la flexibilidad para corregir el rumbo si es que los hechos así lo ameritan.

4.3.- *¿Cuándo negociar? ¿Cuándo litigar?*³¹

Es común oír que negociar o mediar suele ser más eficiente cuando los costos de transacción son bajos, cuando existe interés en preservar la relación comercial, cuando hay una alta incertidumbre jurídica o cuando la naturaleza del conflicto admite soluciones flexibles y adaptativas. En dichos escenarios, el acuerdo permitiría capturar mayor valor que el proceso.

Por otra parte, se ha dicho que litigar, en cambio, resulta adecuado cuando se requiere un pronunciamiento coercitivo, cuando existe mala fe, cuando se está en presencia de asimetrías de información severas, y cuando el conflicto exige un precedente claro y vinculante. Dentro de las distintas alternativas, el arbitraje ofrece ventajas relevantes –mayor especialización, menor probabilidad de error y tiempos más predecibles– que suelen ser especialmente valoradas por el mercado.

Ahora bien, el hecho de que los litigios sean costosos no significa necesariamente que respondan a conductas irracionales o fallas evidentes en la negociación. Desde la perspectiva de la *teoría de juegos* muchos litigios surgen porque las partes mantienen expectativas divergentes sobre el resultado del juicio. Así, por ejemplo, mientras el demandante se representa una alta probabilidad de éxito y una condena elevada, el demandado espera una absolución o una condena de menor entidad.³² En tanto esas expectativas contrarias no se superpongan –es decir, mientras no exista una zona de acuerdo–, el juicio surge, incluso para actores racionales, como una apuesta sensata donde cada agente evalúa el respectivo valor esperado. Es más, la misma *teoría de juegos* explica que los negociadores pueden ser perfectamente racionales, no lograr resolver sus disputas y terminar en un juicio.³³

³¹ Abundante literatura se ha encargado de responder estas dos interrogantes, sin embargo, aquí focalizaremos el análisis en el manejo del conflicto.

³² COOTER; ULEN, cit. (n. 16), pp. 391-392.

³³ COOTER; ULEN, cit. (n. 16), pp. 391-392.

Desde esta perspectiva, el litigio no debe entenderse necesariamente como el fracaso de la negociación, sino más bien como el resultado de visiones distintas respecto de un conflicto, lo que implica tener creencias incompatibles en relación a las probabilidades de éxito, prueba y criterios. Por lo general, esta divergencia deriva de factores tales como información incompleta, presencia de sesgos cognitivos, distintas valoraciones sobre los hechos o simplemente por la incertidumbre propia del derecho. No obstante, a medida que el proceso avanza –y se revelan antecedentes, se rinde prueba y se perciben ciertas señales del decisor– esas expectativas tienden a ajustarse, aumentando con ello la probabilidad de alcanzar un acuerdo.

En definitiva, negociar y litigar no son necesariamente caminos opuestos, sino etapas que pueden formar parte de una misma estrategia de resolución de conflictos. Este enfoque evita el dogmatismo del “siempre litigar” o “siempre negociar” y convierte la controversia en un proceso donde los recursos se asignan a la alternativa que en cada momento maximiza el valor esperado del negocio. Así se reducen las decisiones tardías, excesivamente costosas o, peor aún, imposibles de ejecutar con eficiencia.

4.3.1.- Las estimaciones de la probabilidad del éxito tienden a diferir entre las partes.

Las estimaciones de éxito en un conflicto suelen diferir significativamente entre las partes, por lo que resulta interesante comprender dicho fenómeno a la luz de la economía conductual. Lejos de efectuar un análisis puramente racional, tanto demandantes como demandados evalúan sus probabilidades de éxito influenciados por sesgos cognitivos que alteran sustancialmente su percepción sobre el asunto sometido a resolución. Entre ellos, el exceso de confianza ocupa un lugar importante, pues lleva a creer que la propia interpretación de los hechos, la evidencia y la estrategia jurídica son superiores a las de la contraparte.³⁴ Esta constatación se circunscribe dentro de una crítica más amplia al modelo tradicional del *homo economicus*,³⁵ cuyos supuestos de racionalidad global, información completa y capacidad ilimitada de cálculo han sido latamente cuestionados por la

³⁴ KORIAT, Asher; LICHTENSTEIN, Sarah; FISCHHOFF, Baruch, “Reasons for Confidence”, *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, 1980, vol. 6 N°2, p. 113. El exceso de confianza se deriva, en parte, de la tendencia a ignorar la evidencia contradictoria.

³⁵ STOUT, Lynn A., “Taking Conscience Seriously”, en: ZAK, P., *Moral Markets: The Critical Role of Values in the Economy*, Princeton University Press, USA, 2008, p. 158-159. El *homo economicus*, en términos generales, es visto típicamente como un maximizador racional de la riqueza, lo que es objeto de crítica por el autor, quien cuestiona duramente la generalización del concepto.

teoría económica moderna y, en particular, por la teoría de la empresa.³⁶

Este marco permite entender por qué las partes no logran converger espontáneamente en una evaluación común del riesgo, y es que cada una construye sus estimaciones desde realidades distintas, condicionadas por sus propios límites cognitivos, informacionales y organizacionales, recurriendo naturalmente a simplificaciones y a narrativas internas para interpretar el conflicto. De esta forma, la diferencia en las probabilidades que cada parte asigna al resultado del litigio no es una anomalía ni un simple error involuntario, sino una manifestación de la racionalidad limitada que caracteriza, en mayor o menor medida, la toma de decisiones.

El fenómeno se acentúa cuando existe alta dosis emocional, cuando hay una historia de conflicto previa entre las partes o cuando la estructura interna de la organización premia la defensa agresiva de posiciones por sobre todas las cosas. En ese sentido, la consecuencia es que ambas partes tienden a sobrevalorar su posición, dificultando acuerdos, o bien, extendiendo innecesariamente el conflicto.³⁷

Otro sesgo relevante es el de confirmación. En la práctica, cada parte tiende a buscar, seleccionar e interpretar información que valida su postura, ignorando los aspectos débiles de su propio caso y desestimando los puntos fuertes de la contraria.³⁸ Este sesgo crea una percepción distorsionada del conflicto, pues instala la idea de que la prueba favorece mayoritariamente la posición propia, aun cuando un análisis más objetivo revelaría un panorama mucho más equilibrado o incluso incierto. Lo anterior descansa en la tendencia natural de las personas a privilegiar aquella información que confirme sus hipótesis o creencias, evitando o derechamente dejando fuera aquella que la contradiga.³⁹ En conflictos de carácter técnico, esta distorsión tiende a acentuarse mucho más, porque las empresas suelen confiar más en su equipo interno o en sus asesores, asumiendo que su análisis del problema es más completo o riguroso que el de la contraparte, cuando en realidad ambas partes pueden estar realizando lecturas igualmente parciales del problema.

En paralelo opera la aversión a la pérdida, la que genera que las partes experimenten emocionalmente cualquier concesión como una derrota. Psicológicamente, es más difícil aceptar una renuncia parcial –aunque sea eficiente

³⁶ SIMON, Herbert A., “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics*, 1955, vol. 69, p. 99. Desde hace décadas se controvierte la premisa de que los agentes toman decisiones racionales—en este caso— en contextos de conflicto.

³⁷ KAHNEMAN, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, USA, 2013, p. 15. En la actualidad, la emoción está mucho más presente en la comprensión de los juicios y elecciones intuitivas.

³⁸ Ello también podría generar un exceso de confianza como se abordó *supra*.

³⁹ NICKERSON, Raymond S., “Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises”, *Review of General Psychology*, 1998, vol. 2 N°2, p. 177.

y razonable— que arriesgarse a un litigio largo y costoso con tal de evitar la sensación de haber cedido, pues comúnmente las pérdidas se perciben con mayor intensidad que las ganancias, ejemplo de ello es que la frustración que se experimenta al perder una suma de dinero parece ser mayor al placer asociado con ganar la misma cantidad.⁴⁰ En efecto, esta reacción puede conducir a decisiones irracionales, tales como rechazar acuerdos objetivamente favorables o insistir en litigios con baja probabilidad de éxito, únicamente para evitar la sensación psicológica de perder, traducida también en una especie de malestar. El problema es que esta conducta rara vez obedece a un nuevo y mejor análisis del caso, más bien por el contrario, suele estar influenciada por la necesidad de justificar decisiones previas y evitar reconocer errores que podrían comprometer, por ejemplo, costos reputacionales. Reflejo de lo anterior es que, en muchos casos, se produce un desplazamiento del foco natural que debe existir en torno a la maximización del valor de la compañía hacia una lógica mucho más estrecha, cuyo protagonista es la evitación del arrepentimiento.

A ello se suma la denominada ilusión de control, mediante la cual las partes tienden a sobreestimar su capacidad de influir en el resultado del proceso. La creencia de que contar con el *mejor abogado*, el *mejor testigo* o la *mejor pericia* inclinará la balanza, genera expectativas poco realistas sobre el desenlace del conflicto. En este contexto, es habitual que las empresas confíen excesivamente en la narrativa elaborada por su equipo interno o asesores y le atribuyan una fuerza determinante que no siempre ni necesariamente tienen, perdiendo de vista que en definitiva la decisión final recae sobre un tercero cuya independencia y criterios generan — o *debiesen* generar— inevitablemente un grado de incertidumbre.

Sin perjuicio de lo anterior, a medida que las partes logran ajustar sus expectativas hacia rangos más razonables y equilibrados, también aumentan las posibilidades de llegar a un acuerdo eficiente, permitiendo así alinear la estrategia jurídica con la realidad económica del conflicto, disminuyendo el exceso de confianza, atenuando los sesgos de confirmación y reconfigurando la aversión a la pérdida en decisiones más racionales.

Este ajuste supone, en el fondo, un cambio de enfoque, pues el conflicto deja de estructurarse desde posiciones rígidas de las partes y pasa a orientarse hacia mecanismos capaces de generar resultados independientes del poder de negociación de cada una. En este escenario, los acuerdos suelen construirse sobre la base de criterios objetivos o mediante procedimientos que aseguren imparcialidad, previsibilidad y legitimidad en la decisión. El resultado es significativo, pues las partes pasan de un enfrentamiento basado en percepciones subjetivas a un proceso

⁴⁰ KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos, “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk”, *Econometrica*, 1979, vol. 47 N°2., p. 279.

de toma de decisiones sustentado en parámetros objetivos, los que no solo deben ser independientes de la voluntad de los involucrados, sino también legítimos y prácticos.⁴¹

Con todo, se debe tener presente que lo relevante desde la perspectiva del gobierno corporativo es que estos sesgos no solo afectan a las partes directas del conflicto, sino que impactan directamente al director o alto ejecutivo que decide o valida la estrategia litigiosa en nombre de la firma. Lo problemático es que el derecho societario no parece admitir el sesgo como excusa. En consecuencia, el director que aprueba o mantiene una estrategia de litigación influido por exceso de confianza, sesgo de confirmación o aversión a la pérdida, incurre en la misma infracción que quien omite requerir información ante señales de alerta evidentes, por cuanto no está actuando con el cuidado que le es exigible.

En definitiva, las diferencias en las estimaciones de éxito no son anomalías sino características estructurales del comportamiento humano en conflicto, aunque el carácter estructural del sesgo no lo convierte en tolerable para el director o alto ejecutivo. En consecuencia, el desafío es generar herramientas que ayuden a corregirlos, acercando las decisiones de resolución de conflictos a los estándares de racionalidad exigidos.

4.3.2.- El escenario chileno de acuerdo con las cifras del PJUD.

Si bien los sesgos conductuales distorsionan la forma en que se evalúan los riesgos, los datos empíricos provenientes del sistema judicial pueden operar como contrapeso fundamental, pues permiten confrontar las expectativas internas de la organización con la realidad objetiva del foro en que se desarrollará el litigio. En ese sentido, Chile cuenta hoy con una herramienta especialmente valiosa, pues el Poder Judicial ha puesto a disposición pública estadísticas detalladas y desagregadas por materia, instancia y territorio, entregando una verdadera radiografía del funcionamiento del sistema, facilitando evaluaciones más precisas sobre variables críticas tales como el costo del tiempo, congestión y predictibilidad de los procesos.

Las cifras disponibles ilustran la magnitud del fenómeno. Así, por ejemplo, en el año 2025 ingresaron 960.683 causas civiles –existiendo a la fecha 1.207.389 en tramitación–, mientras que ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago ingresaron 85.367 recursos y 58.512 a la Excma. Corte Suprema. Asimismo, el indicador promedio de duración de recursos de casación deducidos ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago fue de 603 días, mientras que ante la Primera

⁴¹ FISHER, Roger; URY, William, *Getting to Yes – Negotiation Agreement Without Giving in*, Penguin Books, USA, 1991, 2da ed., p. 45.

Sala de la Excma. Corte Suprema fue de 127 días.⁴²

Estos datos no son simples cifras procesales, sino información estratégica que un director o alto ejecutiva diligente debería considerar antes de adoptar o mantener una estrategia litigiosa. El hecho de que exista más de un millón de causas en tramitación y plazos de casación que superan los 600 días, permite dimensionar con bastante claridad el costo real del tiempo, transformando la duración del proceso en un riesgo económico concreto que debe ponderarse al momento de elegir entre litigar, negociar o arbitrar. Prescindir de este análisis, pese a disponer de la información, termina reproduciendo exactamente la lógica del sesgo de confirmación en la toma de decisiones del directorio.

La experiencia del año 2023 en la Excma. Corte Suprema –marcada por un aumento extraordinario de ingresos, especialmente por apelaciones de protección, las que llegaron a la suma de 235.844– muestra cómo un *shock* sistémico puede alterar significativamente los plazos de resolución y convertir –en realidad refrendar– el tiempo en un factor económico decisivo para las partes. Este episodio ilustra con suma claridad que la congestión judicial no es un simple dato estadístico, sino un factor de riesgo que se debe considerar al momento al decidir entre litigar, negociar o arbitrar, con el mismo nivel de rigurosidad que se evalúa cualquier otro riesgo del negocio. Omitir este análisis puede incluso comprometer el deber de diligencia impuesto a quienes adoptan este tipo de decisiones.

Con la información hoy disponible, las empresas cuentan con mejores herramientas para enfrentar el desafío de la elección de los distintos escenarios que ofrece el litigio y los mecanismos alternativos, como la mediación o el arbitraje. Las estadísticas sobre duración e inventarios por materia y territorio permiten proyectar de manera mucho más realista el costo económico del tiempo, incorporando en el análisis variables como el impacto en el flujo de caja, provisiones contables, continuidad operacional, e incertidumbre estratégica asociada tanto a la exposición pública como a la volatilidad de los plazos, especialmente en instancias superiores. En este contexto, la información disponible contribuye a reducir la asimetría en la toma de decisiones y entrega al directorio herramientas concretas para fundamentar sus definiciones sobre bases objetivas, no en intuiciones o narrativas internas.

En síntesis, el sistema chileno actual es más transparente y medible, aunque sigue enfrentando desafíos relevantes en términos de carga de trabajo y sensibilidad a *shocks* que pueden extender los plazos en determinadas materias. Por lo mismo, anticipar la congestión y asignar un valor económico al tiempo se vuelve un componente esencial en cualquier decisión de foro que se adopte. Así, un directorio que omite considerar estos antecedentes al momento de decidir sostener

⁴² Esta información se puede revisar en PODER JUDICIAL (Eds.), “Poder Judicial en Números”, 2025, página web, en línea: <https://numeros.pjud.cl/Inicio> (consultada: 26 de marzo de 2026).

o escalar un litigio, difícilmente pueda ampararse bajo la *Business Judgment Rule*,⁴³ pues dicha *protección* presupone precisamente una decisión informada. Así, la información oficial del Poder Judicial deja de ser un insumo accesorio de información para convertirse en un elemento central en la toma de decisiones, cuya omisión resultará cada vez más difícil de justificar.

4.4.- La eficacia o ineficacia de la “Regla del Juicio de Negocios” en la elección del Foro

Teniendo en cuenta lo hasta ahora señalado, sin duda puede afirmarse que los deberes de los directores se encuadran dentro de lo que en el derecho continental suele calificarse como una “obligación de medios”.

El hecho de que el deber de cuidado constituya un estándar abierto –cuya valoración debe realizarse *ex post* por los jueces– ha llevado, en el derecho estadounidense, a que los tribunales desarrollen la denominada *Business Judgment Rule* (“BJR”),⁴⁴ figura que en nuestro medio suele conocerse como la “Regla sobre el juicio de negocios” (la Regla o BJR).

La BJR es un principio del *common law* que ha sido desarrollado por los tribunales de forma paralela al deber de diligencia.⁴⁵ En palabras del Tribunal

⁴³ Véase *infra*.

⁴⁴ Ya un antiguo fallo, de 1850, *Hodges v. New England Screw Co.*, expresaba: “La regla de la adecuada decisión de negocio exime a los directores de la responsabilidad por errores de buena fe solo después de que los directores hayan ejercido un cuidado razonable al cumplir con sus obligaciones corporativas”. Según otros autores, la BJR se formula luego de un caso ocurrido en Alaska, en 1975, después de que un incendio destruyera una pequeña fábrica en Fairbanks de Alaska Plastics, Inc. El incendio trajo como consecuencia el término de la producción y de las operaciones de la empresa, debido a que los directores habían decidido no contratar un seguro contra incendios para el establecimiento. La demanda de la accionista alegaba que los directores fueron negligentes al no asegurar la propiedad de la compañía y que ellos mantenían grandes cantidades de dinero en cuentas corrientes sin interés. La Corte rechazó estos argumentos, señalando que los directores tienen *discreción* en relación con los seguros y a las prácticas bancarias, y una corte debería mostrar deferencia ante sus decisiones. TRIEM, Fred, “Judicial Schizophrenia in Corporate Law: Confusing the standard of care with the business judgment rule”, *Alaska Law Review*, 2007, vol. 24 N° 1, pp. 23-44.

⁴⁵ TRIEM, cit. (n. 44) pp. 23-44. En análoga forma, el tribunal del caso *Gries Sports Enterprises, Inc. vs. Cleveland Browns Football Co.* (Ohio, 1986) la definió como “una presunción *iuris tantum* de que los administradores de la sociedad están mejor preparados que los jueces para tomar decisiones empresariales y de que actuaron sin buscar el beneficio personal, con un grado de diligencia razonable y de buena fe”. GUERRA, Guillermo, *El Gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, p. 435. El error en que incurra el director es parte natural de su función y cae dentro del ámbito de su discreción. Solo en casos extremos, cuando surgen reales situaciones de falta de cuidado, deberían las Cortes interponerse en aquello que de otro modo sería una relación contractual entre accionistas y sus agentes elegidos. LUBBEN, Stephen; DARNELL, Alana, “Delaware’s duty of care”, *Delaware Journal of Corporate Law*, 2006, Vol. 31 N° 2, p. 20.

Supremo de Delaware en el caso *Aronson vs. Lewis* (Delaware 1984), consiste en “una presunción de que, al tomar una decisión empresarial, los administradores actuaron con la suficiente información, de buena fe y considerando honestamente que la decisión tomada era beneficiosa para los intereses de la sociedad”.

Podemos precisar que la BJR es un corolario de la disposición estatutaria en orden a que son los directores los que deben manejar la sociedad.⁴⁶ En lo medular, la regla supone que la decisión empresarial tomada por el directorio no será revisada ni modificada por los tribunales ni por los accionistas. Asimismo, sus miembros no responderán por las consecuencias del juicio de negocio –incluso cuando, con posterioridad, pueda apreciarse que hubo errores– en aquellos casos en que aparezca claramente que ha habido errores, salvo en casos excepcionales como acontece si puede imputárseles una negligencia grosera.⁴⁷

En otros términos, la BJR opera como “una presunción de que al tomar una decisión de negocio, los directores han actuado de manera informada, de buena fe y en honesto convencimiento de que su acción fue tomada en los mejores intereses de la compañía”.⁴⁸ Como se puede apreciar, tal presunción descansa en la idea de que detrás de toda decisión de negocio subyace el despliegue de cuidado y diligencia exigibles a los administradores.⁴⁹

En este sentido, la esencia de la *business judgment rule* radica en una suerte de “deferencia” respecto de las decisiones adoptadas por los directores. Esto se traduce, por una parte, en la disposición de los tribunales a no reexaminar decisiones de negocios y, por otra, en una cierta cautela para no desincentivar la asunción de riesgos por parte de quienes integran el directorio.

Lo dicho hasta ahora es particularmente relevante si se tiene en consideración que, como lo explicamos en otra publicación,⁵⁰ nuestros tribunales superiores de

⁴⁶ CLARK, Robert, *Corporate Law*, Aspen Law & Business, USA, 1986, pp. 124-125.

⁴⁷ Otros precedentes en los cuales los tribunales estadounidenses se han pronunciado en términos de exigir culpa grave o culpa “total” (*gross negligence*) los hallamos en los siguientes casos: *Briggs v. Spaulding*, 141 U.S. 132 (1891) y *Emerson v. Gaither*, donde la Corte vuelve a fijar el estándar en negligencia total. En *Foutz v. Miller* se acepta también el estándar de negligencia total, pero los directores fueron absueltos por falta de evidencia, además de determinar que el hecho de que la compañía fracasara no es suficiente razón para hacer responsables a los directores. SERGENT, Randolph Stuart, “The Corporate Director’s Duty of Care in Maryland: Section 2-405.1 and the Business Judgment Rule”, *Howard Law Journal*, 2001, vol. 44 N° 2, pp. 191-256.

⁴⁸ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805,812 (Del., 1984). Véase también *Pogostin v. Rice*, 480 A.2d 619 (Del., 1984); *Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779 (Del., 1981); *Gimbel v. The Signal Companies, Inc.*, 316 A.2d 599 (Del. Ch., 1974), *AFF’D*, 316 A.2d 619 (Del., 1974).

⁴⁹ El clásico argumento de este punto se encuentra en *Casey v. Woodruff*, 49 N.Y.S.2d 625, 643 (S. Ct., 1944). Otro caso representativo es *Lussier vs. Mau-Van Development, Inc.*, 667 P.2d 804, 817 (Hawai Ct.App.1983).

⁵⁰ ALCALDE, cit. (n. 1). En dicha publicación pueden verse con mayor detalle los precedentes judiciales

justicia han fallado que la BJR, no obstante su origen anglosajón, tiene plena aplicación en nuestro ordenamiento jurídico y así ha sido admitida para que directores demandados por accionistas puedan exonerarse de responsabilidad, con independencia del resultado de sus decisiones.

En este mismo contexto, debe también considerarse que el hecho de adoptar decisiones previo informe de expertos –v.gr. legales, económicos o financieros– puede constituir una prueba de la diligencia debida y, por lo mismo, reforzar la eficacia y protección que presta la Regla, o bien puede también prestarse como un medio que acredita la existencia de un “error de prohibición” eximente de responsabilidad.⁵¹

Así las cosas, y retomando nuestro tema, corresponde preguntarse si un director o gerente legal puede invocar la BJR cuando se lo esté juzgando a propósito de la elección del foro de litigación que haya adoptado, supuesto que *ex post* se considera que dicha decisión fue equivocada.

Frente a la interrogante planteada, debemos desde luego advertir que su respuesta no puede ser unívoca, toda vez que la aplicabilidad de la Regla dependerá, en último término, de múltiples factores que no es posible, ni con mucho, definir *ex ante*.

Por lo mismo, en lo que sigue, procuraremos proponer algunos casos prácticos en los cuales cabría, en principio, elegir un mecanismo de arbitraje antes

nacionales existentes en la materia, así como los requisitos que deben concurrir para que la Regla sea aplicable.

⁵¹ En una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago –que no fue recurrida por la CMF– luego de prevenirse que “*La culpa infraccional una vez configurada es solo presunción de culpabilidad, que admite prueba en contrario, siendo pertinente el examen de reproche personal que el reclamante exige*” (Considerando 9°); la Corte expresó: “*Que resultando aplicables al Derecho administrativo sancionador los principios limitativos y garantistas propios del ius puniendi estatal, entre ellos, el principio sustantivo de “culpabilidad”, cabe recordar –a propósito de la causal alegada– que, en general, el error supone la imposibilidad de conocer la ilicitud de la conducta, sea porque no podía conocerse que dicha conducta estaba tipificada, o por consideración que, a pesar de ello, ésta era lícita, situaciones que en el derecho penal excluyen la culpabilidad. La justificación del error como causal de exclusión de la culpabilidad deriva entonces, de la posibilidad concreta del autor de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción ejecutada [...] cobra relevancia determinar las características profesionales de quien incurre en la infracción normativa, la función o cargos ejercidos y la notoria ilicitud de la infracción, por cuanto analizados dichos criterios es posible concluir si el infractor tuvo la posibilidad real de haber advertido, con un grado de probabilidad cierta, la antijuridicidad de su conducta*”. (Considerando 11°).

“*Por consiguiente –concluye el fallo– el error de prohibición acerca del alcance y efectos jurídicos del precepto citado ha de calificarse de invencible, desde que el reclamante acorde a la diligencia y cuidado que le era exigible al tiempo de postular al cargo de director independiente, de buena fe, estimó correcta dicha asesoría letrada, sin que la conducta de un hombre razonable lleve a estimar que le era exigible adoptar medidas adicionales, como le reprocha la entidad fiscalizadora. Así las cosas, procede concluir que el reclamante asumió la conducta prudente de un hombre juicioso, al aceptar la asesoría de un reconocido estudio jurídico nacional [...]*” (Considerando 13°). (Rol 237-2020).

que recurrir a la justicia ordinaria y en los que, en consecuencia, la BJR podría estimarse ineficaz para quienes hayan optado por este último foro de litigación.

Caso Práctico 1: La “Estrategia de Dilación” y el Conflicto de Interés (*Duty of Loyalty*).

Escenario: El gerente legal de una sociedad anónima abierta decide no renovar una cláusula compromisoria vencida y demanda a un proveedor crítico ante la justicia civil. Su móvil interno no es obtener un resultado eficiente, sino dilatar el pago de una obligación para maquillar el flujo de caja del trimestre, asegurando así su bono por desempeño. *Análisis Jurídico:* Esta decisión no está amparada por la BJR. El artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas (“LSA”) prohíbe adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, o usar el cargo para obtener ventajas indebidas en perjuicio de la sociedad. Al someter a la sociedad a la ineficiencia de la justicia ordinaria por un interés personal (conflicto de interés), el gerente vulnera el deber de lealtad. La sanción no solo es la indemnización a que puede ser condenado sino que el reembolso a la sociedad de los beneficios percibidos ilegítimamente.

Caso Práctico 2: La Exposición de Secretos Industriales y la Falsa Representación.

Escenario: Un directorio autoriza litigar en sede civil el incumplimiento de un contrato de *Joint Venture* de alta tecnología. Durante el proceso, se hacen públicos algoritmos y modelos de precios, lo que derrumba el valor de la empresa en la bolsa. Los accionistas minoritarios demandan a los directores. *Análisis Jurídico:* Los directores invocarán la BJR argumentando que fue una decisión de negocios (“estrategia procesal”). Dado que la obligación de los directores es una “obligación de medios”, deben probar que actuaron informados plena y documentadamente. Si no recabaron, por ejemplo, informes jurídicos previos sobre el impacto de la publicidad procesal en sus secretos industriales (deber de diligencia y cuidado), se podría configurar la culpa leve por la cual responden (artículo 41 LSA). La ignorancia excusable desaparece al ser exigible a los administradores un conocimiento mínimo de sus riesgos.

Caso Práctico 3: Grupos Empresariales, “*Forum Shopping*” Intragrupo y Abuso de Control.

Escenario Fáctico: El gerente legal y el directorio de una sociedad anónima filial (controlada por una matriz extranjera) deciden demandar a un proveedor estratégico. Aunque el contrato contempla una cláusula arbitral expedita, el directorio decide, por instrucciones de la matriz, renunciar al arbitraje y litigar en la justicia ordinaria. El móvil de esta decisión no responde al beneficio de la

filial, sino a la conveniencia de mantener el litigio abierto por años para presionar financieramente al proveedor, quien a su vez es competidor directo de la matriz en otro mercado. Esta decisión causa la paralización operativa de la filial y su eventual insolvencia. *Análisis Jurídico:* En el contexto de los grupos empresariales, no es extraño que las decisiones se adopten considerando el interés común del grupo o de la sociedad dominante. Sin embargo, este enfoque suele entrar en tensión con los legítimos intereses de los accionistas minoritarios de las sociedades subordinadas. En este marco, la BJR no protege a los directores cuando actúan bajo un contexto de conflicto de interés o en beneficio exclusivo del controlador.

Caso Práctico 4: La Vulneración de los Actos Propios (*Venire contra factum proprium*) como límite a la discrecionalidad estratégica.

Escenario Fáctico: Una sociedad anónima constructora mantiene una relación comercial de diez años con un subcontratista. Históricamente, todas las controversias entre ambos se han resuelto pacífica y rápidamente mediante arbitraje ante el CAM Santiago, generando una legítima confianza en el subcontratista. Sin embargo, ante un nuevo conflicto de alta cuantía, el nuevo gerente legal de la constructora opta por apartarse de la práctica habitual y decide demandar en tribunales civiles ordinarios, haciéndolo con pleno conocimiento de que esta vía implica procesos largos y costosos. Su objetivo es presionar al subcontratista, quien carece de la liquidez necesaria para soportar el juicio. *Análisis Jurídico:* No es aceptable que alguien, por motivos de su mera conveniencia, se aparte de su comportamiento previo cuando ello genera un perjuicio relevante al tercero que confió legítimamente en esa conducta. En este contexto, la BJR asume que las decisiones de negocios se adoptan de buena fe. Sin embargo, este presupuesto se desvanece cuando se instrumentaliza la justicia ordinaria para contradecir actos propios y presionar financieramente a la contraparte.

Caso Práctico 5: La inobservancia de la carga de mitigar el daño (*Duty to Mitigate*).

Escenario Fáctico: Una sociedad anónima agrícola sufre el incumplimiento por parte de la empresa encargada de instalar una planta esencial para su operación. El directorio, en lugar de activar el arbitraje de acuerdo a la cláusula arbitral pactada en el contrato, la cual permitía designar un árbitro de urgencia y obtener medidas precautorias rápidas para reanudar las obras, decide demandar la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios en la justicia civil ordinaria. El proceso queda entrampado en etapas iniciales, mientras el paso del tiempo termina agravando la situación, pues la maquinaria agrícola se deteriora progresivamente, los cultivos se pierden y el daño económico crece. *Análisis Jurídico:* La Excma. Corte Suprema y la doctrina están contestes de que no es legítimo que la víctima permanezca pasiva mientras el daño se incrementa. En este contexto, la BJR protege

las decisiones orientadas a generar valor, pero no la desidia ni la negligencia en la preservación del patrimonio social.

Caso Práctico 6: Simulación procesal y Ocultamiento de la insolvencia.

Escenario Fáctico: Ante la inminencia de la quiebra y tras descubrirse un fraude interno en la emisión de valores de la compañía, el directorio opta por una estrategia poco transparente, aprobando la interposición de una serie de demandas civiles en la justicia ordinaria en contra de auditores, clasificadoras de riesgo y exgerentes. El objetivo no es tanto obtener una sentencia favorable, sino generar una “dispersión procesal” que confunde al mercado, a los accionistas minoritarios e incluso a la CMF, retrasando así la caída de las acciones en la bolsa. *Análisis Jurídico:* Este podría constituir un supuesto más grave de inaplicabilidad de la BJR, ya que la elección del foro no responde a una estrategia de defensa corporativa, sino a una simulación orientada a ocultar información material al mercado. Utilizar la justicia civil como una herramienta para ocultar información constituye una vulneración gravísima al deber de información y al deber de lealtad. La BJR exige actuar “de buena fe, informado y en el mejor interés de la sociedad”. Sin embargo, en presencia de dolo (directo o eventual), mala fe y conflicto de interés personal, la presunción de licitud de la BJR desaparece de raíz, operando la máxima sanción solidaria contra el órgano de administración.

Caso Práctico 7: Elusión del Arbitraje Estatutario y Fraude a la Ley Societaria.

Escenario Fáctico: El bloque controlador de una sociedad anónima cerrada entra en conflicto con un accionista minoritario. Tanto el artículo 4 de la LSA como los estatutos sociales establecen con claridad que cualquier disputa entre accionistas debe someterse a un árbitro arbitrador. Sin embargo, el directorio, instruido por el controlador, disfraza el conflicto societario en un mero incumplimiento civil (por ejemplo, imputando al accionista minoritario el incumplimiento de un contrato accesorio de prestación de servicios anexo) y lo demanda en la justicia ordinaria. Un elemento agravante es que la finalidad de la conducta no es perseguir genuinamente la reparación del incumplimiento, sino presionar financieramente al accionista minoritario aprovechando los extensos plazos procesales civiles, forzándolo a vender sus acciones en condiciones desfavorables. *Análisis Jurídico:* Este escenario podría configurarse como un caso de *fraude a la ley*. Al instrumentalizar la justicia ordinaria para esquivar el arbitraje societario obligatorio y oprimir al minoritario, el directorio incurre en una infracción encubierta del ordenamiento, difícilmente amparada por la *Business Judgment Rule*.

Caso Práctico 8: Negligencia inexcusable del gerente legal (*Culpa Lata*) y falta de control del directorio (*Culpa in Vigilando*).

Escenario Fáctico: Una compañía celebra un complejo contrato de construcción a suma alzada (*EPC*) que contiene una cláusula compromisoria detallada para arbitraje internacional. Ante una controversia, el nuevo gerente legal, por desidia y falta de revisión exhaustiva de los antecedentes, interpone una demanda indemnizatoria ante los tribunales civiles chilenos. La contraparte opone la excepción de incompetencia basada en la cláusula arbitral, la cual es acogida tras años de litigio. Como resultado, la compañía pierde tiempo, paga cuantiosas costas judiciales, y la acción sustantiva prescribe. *Análisis Jurídico:* La BJR exige que las decisiones de negocios sean adoptadas de forma informada. El deber de cuidado impone a los directores y gerentes el derecho y deber de ser informados “plena y documentadamente”. Desde esta perspectiva, el gerente legal no podría invocar la BJR para amparar su impericia, pues esta regla protege el riesgo empresarial calculado, no la ignorancia supina o la infracción de la *lex artis* jurídica.

Caso Práctico 9: Contratos conexos, fragmentación de la litis y contravención a la buena fe.

Escenario Fáctico: Una empresa de energía celebra una red de contratos coligados con un consorcio: un contrato marco (con cláusula arbitral) y diversos subcontratos operativos (silentes sobre el mecanismo de resolución de controversias). En cuanto surge un conflicto que afecta toda la relación, el directorio de la empresa de energía, en vez de activar el arbitraje previsto en el contrato marco, decide demandar los incumplimientos de los subcontratos en distintos juzgados civiles. Su objetivo es fragmentar la defensa del consorcio y generar un caos judicial que le otorgue alguna ventaja. Sin embargo, la estrategia fracasa, pues el consorcio paraliza las obras amparándose en la excepción de contrato no cumplido, y la empresa de energía sufre pérdidas económicas de gran magnitud. *Análisis Jurídico:* Cuando una operación económica se articula a través de varios instrumentos, todos ellos forman parte de una unidad funcional que no puede ser desconocida. Como se ha dicho, el principio de la buena fe objetiva impone un deber de comportamiento leal, recto y honesto durante toda la vida del negocio jurídico, lo que implica no solo respetar lo pactado formalmente, sino que actuar de manera consistente a la lógica económica que subyace a la operación. Por consiguiente, fragmentar artificialmente el conflicto mediante el uso deliberado de distintos tribunales civiles, evitando el arbitraje previsto en el contrato marco, constituye una maniobra que desnaturaliza esa unidad económica. En efecto, el escudo de la BJR no protege tácticas procesales contrarias a la buena fe que terminen autolesionando el patrimonio social.

Caso Práctico 10: Animosidad personal, pérdida de confidencialidad y el deber de mitigar el daño.

Escenario Fáctico: El directorio de una sociedad anónima abierta detecta que un proveedor estratégico ha entregado productos con vicios ocultos (redhibitorios). El contrato posee una cláusula de arbitraje confidencial. El proveedor reconoce el error y ofrece someterse rápidamente al arbitraje para fijar las indemnizaciones sin alterar el mercado. Sin embargo, el presidente del directorio, impulsado por un conflicto personal de larga data con el dueño del proveedor, descarta el arbitraje y opta por interponer una demanda en sede civil. Al tratarse de un proceso público, el defecto productivo queda expuesto al mercado, aterrando a los inversionistas y causando un desplome en las acciones de la sociedad. *Análisis Jurídico:* La decisión directiva podría estar viciada desde distintos ángulos, debilitando por completo cualquier intento de ampararla bajo la BJR: (i) *Infracción al Deber de Lealtad:* La LSA prohíbe a los directores adoptar decisiones que no tengan por fin el interés social o usar el cargo para fines personales. En este caso el presidente antepuso su enemistad por sobre el bienestar corporativo; (ii) *Vulneración del Deber de Reserva:* La LSA obliga a guardar estricta confidencialidad sobre los negocios sociales, por lo que optar por la plaza pública destruyendo el valor bursátil, cuando el arbitraje garantizaba el secreto, puede constituir una infracción grave; (iii) *Incumplimiento del Deber de Mitigar el Daño:* Emanado de la buena fe contractual, en tanto el acreedor (la sociedad afectada por el vicio) tiene la carga de mitigar las pérdidas adoptando medidas razonables, como el arbitraje expedito ofrecido. Al rechazar el arbitraje y maximizar el daño por despecho personal, podría perseguirse la responsabilidad solidaria de los directores.

Ahora bien, así como en lo que antecede señalamos ejemplos en los cuales cabría, en principio, elegir un mecanismo de arbitraje antes que recurrir a la justicia ordinaria a fin de que tal decisión quede amparada por la BJR, a continuación propondremos situaciones en las cuales la elección del foro arbitral no quedaría eventualmente cubierta por la Regla ya que las circunstancias del caso determinaban que debió optarse por la justicia ordinaria.

Caso Práctico 1: La Ineficiencia de costos en cuantías menores (desproporción del gasto).

Escenario Fáctico: El gerente legal de una sociedad por acciones toma la decisión de someter sistemáticamente todos los cobros de facturas de menor cuantía a arbitraje institucional, en lugar de recurrir al procedimiento ejecutivo de la justicia ordinaria. En la práctica, los honorarios del árbitro y las tasas del centro de arbitraje superan el 40% del monto recuperado en cada causa, por lo que la mentada decisión tiene un impacto económico considerable. *Análisis*

Jurídico: Podría estimarse que la decisión adoptada resulta problemática desde la perspectiva del deber de diligencia, pues parece apartarse del deber de procurar el máximo rendimiento económico con el mínimo deterioro patrimonial de la firma. La BJR protege las decisiones que suponen asumir riesgo para generar valor, pero no aquellas que presentan una desproporción irracional entre los costos y beneficios. En este caso, no “medir antes de decidir” el impacto financiero de las tasas arbitrales frente a la gratuidad relativa de la justicia ordinaria para cobros simples, podría configurar una infracción al deber de diligencia (artículo 41 de la LSA) al adoptar una política de resolución que destruye innecesariamente valor neto para la organización.

Caso Práctico 2: La Necesidad de precedente público ante litigios masivos.

Escenario Fáctico: Una compañía de servicios básicos enfrenta una ola de reclamos por una falla técnica de la cual son responsables los propios usuarios. El directorio opta por llevar cada caso a arbitraje individual y privado, manteniendo así la confidencialidad de cada caso y evitando el “efecto contagio” que se podría generar con otros usuarios. *Análisis Jurídico:* La justicia ordinaria, a diferencia del arbitraje, es preferible cuando se requiere un precedente público que desincentive conductas oportunistas de terceros. Al elegir la vía arbitral –que carece de la publicidad y fuerza de un fallo de un tribunal ordinario–, el directorio perpetúa la incertidumbre jurídica. En efecto, no buscar una resolución pública y coercitiva puede considerarse como una falla en la visión estratégica de largo plazo, pues la empresa pierde la oportunidad de consolidar una posición jurídica que desincentive nuevas controversias al respecto.

Caso Práctico 3: La ausencia de *imperium* ante riesgos de daño irreparable.

Escenario Fáctico: Ante la ocupación ilegal de una planta industrial, la empresa enfrenta una situación que exige una reacción rápida. Sin embargo, el gerente legal activa un arbitraje *ad hoc* pactado en el contrato, en lugar de recurrir a mecanismo más inmediatos disponibles en la justicia ordinaria, tales como una querrela posesoria o un recurso de protección. El problema es que, más allá del mecanismo pactado, el nombramiento del árbitro tarda meses, tiempo durante el cual la planta es desmantelada. *Análisis Jurídico:* La BJR no solo exige actuar de buena fe, sino también ponderar adecuadamente la naturaleza del conflicto, en particular la urgencia y la necesidad de cautela. En casos donde el valor en juego puede definirse en cuestión de *días o existe riesgo de daño irreparable*, el criterio debe ser la rapidez y efectividad de las medidas disponibles respaldadas por la fuerza pública estatal. Desde esta perspectiva, optar por un foro lento o rígido cuando la controversia exige urgencia constituye un error relevante de juicio que la BJR no protege, pues se ha ignorado la naturaleza del riesgo y actuar en consecuencia.

Caso Práctico 4: La Opacidad como velo de fraude (brecha en el *Duty of Disclosure*).

Escenario Fáctico: Tras detectar un fraude financiero al interior de la compañía, el directorio acuerda con la contraparte someter la disputa a un arbitraje estrictamente confidencial para evitar que la CMF y el mercado se enteren de las irregularidades. *Análisis Jurídico:* Si bien el arbitraje ofrece ventajas relevantes como la confidencialidad, su uso para ocultar información material contraviene el deber irrenunciable de proporcionar información fidedigna y oportuna. En ese marco, utilizar la vía arbitral como una “estrategia de ocultamiento” para retrasar la caída del valor de las acciones podría constituir una forma de simulación procesal que queda fuera del amparo de la BJR, pues la presencia de dolo en el ocultamiento de la situación legal y financiera elimina toda protección de discrecionalidad empresarial.

Caso Práctico 5: La Ineficacia del arbitraje ante terceros no signatarios.

Escenario Fáctico: En el contexto de una obra civil surge una disputa técnica que involucra a múltiples subcontratistas varios de los cuales no están sujetos a la cláusula arbitral pactada en el contrato. Frente a ello, el gerente legal decide concentrar la acción exclusivamente en contra del contratista principal en sede arbitral. Sin embargo, esta decisión genera una limitación estructural importante, pues el árbitro carece de facultades para citar a los subcontratistas, quienes son los verdaderos responsables técnicos del daño. *Análisis Jurídico:* La elección del mecanismo debe considerar aspectos prácticos como las necesidades probatorias y la posibilidad real de ejecutar la decisión. En consecuencia, puede sostenerse que un hombre razonablemente prudente habría optado por la justicia ordinaria precisamente para acumular los juicios y evitar el riesgo de obtener sentencias contradictorias, protegiendo de manera más eficaz el patrimonio social.

Caso Práctico 6: Arbitraje “amistoso” para el vaciamiento de activos.

Escenario Fáctico: Un directorio que se encuentra en conflicto con sus acreedores acuerda someter una controversia a arbitraje con una empresa relacionada. En realidad, ambas partes “simulan” la existencia de un conflicto y el árbitro dicta un laudo que ordena transferir los activos más valiosos de la sociedad a la empresa relacionada bajo la figura de una dación en pago. *Análisis Jurídico:* Este caso representa un uso claramente fraudulento de la estructura societaria. Al instrumentalizar el foro arbitral para perjudicar a terceros y eludir el control de la justicia ordinaria, los directores infringen el deber de lealtad, actuando en desmedro del interés social. En este contexto, la BJR deja de ser aplicable, ya que su protección se desvanece frente a la presencia de dolo y fraude a la ley, dando paso a la eventual responsabilidad extracontractual y solidaria de los administradores.

Caso Práctico 7: Impericia en la elección de un árbitro no calificado.

Escenario Fáctico: En una disputa compleja sobre derivados financieros, el gerente legal acepta la designación de un árbitro cuya especialidad –derecho de familia– no guarda relación con la materia, motivado principalmente por cercanía académica. Como resultado, el laudo presenta deficiencias técnicas significativas y termina generando una pérdida millonaria para la compañía. *Análisis Jurídico:* La obligación de los directores es de medios, lo que incluye seleccionar a las personas idóneas para cada función. En ese ámbito, la BJR exige decisiones razonablemente informadas, por lo que someter una controversia técnica a un *árbitro* sin experiencia en la materia, incrementa significativamente el riesgo de error decisorio, lo que puede constituir una infracción al deber de cuidado, al no asegurar un estándar mínimo de *lex artis* en la elección del decisor.

Caso Práctico 8: Ineficiencia en el cobro de deudas líquidas y morosas.

Escenario Fáctico: El gerente legal decide llevar al arbitraje el cobro de un pagaré impago que no presenta controversia alguna sobre su existencia. El proceso arbitral tarda doce meses en constituirse, mientras que un juicio ejecutivo ordinario habría permitido el embargo de bienes en pocas semanas. *Análisis Jurídico:* La diligencia exige observar la oportunidad de la decisión. Optar por una ruta en este caso más lenta y sin *imperio* (arbitraje) cuando existe una vía ejecutiva rápida y coercitiva (justicia ordinaria) para una obligación indubitada, es una decisión ineficiente que afecta la liquidez de la empresa. Esta desidia en la conservación del patrimonio social no queda amparada por la BJR, ya que no responde a un riesgo para generar valor, sino a una mera negligencia administrativa.

Caso Práctico 9: La elección del foro en materias de orden público o “no transigibles”.

Escenario Fáctico: El gerente legal de una sociedad anónima, ante un conflicto de alta complejidad derivado de una reorganización concursal o materias que por ley son de jurisdicción exclusiva y excluyente de la justicia ordinaria, insiste en activar una cláusula arbitral genérica contenida en los estatutos. El proceso arbitral avanza durante dos años hasta que, al momento de la ejecución del laudo, un tribunal ordinario declara la nulidad de todo lo obrado por tratarse de una materia “no arbitrable” según el ordenamiento jurídico nacional. *Análisis Jurídico:* Como se ha visto, la BJR protege el riesgo empresarial calculado, pero no la ignorancia supina o la infracción de la *lex artis* jurídica. En efecto, optar por un foro que carece de competencia absoluta sobre la materia constituye una negligencia inexcusable del gerente legal (culpa lata) que equivale al dolo. El directorio, por su parte, podría eventualmente incurrir en una falta al deber de

vigilancia (*culpa in vigilando*) al no haber requerido informes que confirmaran la viabilidad jurídica del foro elegido. La pérdida de tiempo y recursos financieros derivados de un proceso *nulo ab initio* representa un daño patrimonial directo por el cual los administradores podrían verse compelidos a responder solidariamente.

Caso Práctico 10: La ineficiencia por omisión de precedente ante litigación sistemática.

Escenario Fáctico: Una empresa de *retail* enfrenta una serie de reclamaciones individuales de diversos clientes que alegan la nulidad de una cláusula de intereses en sus contratos tipo. El gerente legal activa el arbitraje individual pactado en cada contrato. Si bien gana los procesos, al ser fallos reservados y privados, estos no generan un efecto disuasorio en el resto de la clientela ni en las asociaciones de consumidores, quienes continúan demandando masivamente. *Análisis Jurídico:* La elección eficiente del foro requiere ponderar la necesidad de enviar señales claras hacia terceros oportunistas. En este supuesto, la justicia ordinaria resultaba adecuada para obtener un pronunciamiento coercitivo y un precedente claro y vinculante. La protección de la BJR decae al tratarse de una decisión “manifiestamente mal informada” que desatiende el beneficio estratégico de una resolución pública con autoridad de cosa juzgada.

V. CONCLUSIONES

Creemos que a partir de todo lo expuesto en precedencia es posible sistematizar la elección del foro de litigación, no como un trámite procesal accesorio, sino como una decisión de alta dirección protegida por la “Regla del juicio de negocios” (BJR). Asimismo, se desprenden las siguientes conclusiones particulares:

1.- La administración de conflictos como capacidad estratégica. La resolución de controversias ha evolucionado de una práctica forense aislada a una capacidad organizacional crítica que impacta directamente en la competitividad de la empresa. El rol del ejecutivo moderno consiste en maximizar el valor esperado del resultado del conflicto, gestionándolo como un riesgo económico que requiere coordinación interna, manejo de información y una visión estratégica alineada con los objetivos del negocio.

2.- El estándar de la “obligación de medios”. Al calificarse la administración social como una “obligación de medios” y no “de resultado”, la responsabilidad de los administradores no depende del éxito económico de la gestión, sino del despliegue de la diligencia exigible. Por consiguiente, el juicio de diligencia sobre la elección del foro debe centrarse en la razonabilidad de los procedimientos seguidos y en la fundamentación de la decisión en el momento de su adopción, y

no en el desenlace final del litigio.

3.- La BJR como presunción condicionada a sus presupuestos habilitantes. La BJR no opera como una exoneración automática ni exenta de examen judicial. Su eficacia jurídica se halla estrictamente supeditada a la configuración de sus presupuestos habilitantes: que el administrador actúe bajo los estándares de información suficiente, buena fe, deliberación debidamente documentada y ausencia de conflictos de interés.

4.- El “Costo del Tiempo” y la gestión del riesgo financiero. La diligencia en el gobierno corporativo exige abandonar la intuición forense por un enfoque de gestión de riesgos basado en datos. La disponibilidad de estadísticas del PJUD permite hoy parametrizar la “valoración económica del tiempo”, convirtiendo la congestión sistémica y la demora judicial en variables financieras que un director o gerente legal tiene el deber de analizar antes de decidir.

5.- Delimitación de la discrecionalidad: Análisis de veinte escenarios. El estudio de los veinte casos prácticos que hemos propuesto permite identificar, en teoría, los supuestos en los que el “escudo” de la BJR resulta ineficaz en lo que respecta a la elección del foro de litigación.

6.- Examinar los criterios del juzgador. Un director o gerente legal debiera estructurar la elección del foro bajo la premisa de que el juzgador reconoce aplicabilidad a la BJR o al menos a sus consecuencias prácticas a la hora de pronunciar su sentencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “El deber de cuidado de los directores y la aplicabilidad de la regla del juicio de negocios en Chile”, *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, 2025, N° 16, pp. 1-46.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique; GUERRERO VALENZUELA, Roberto, *Tratado teórico práctico de la sociedad anónima y responsabilidad de sus administradores*, Ediciones UC, Santiago, 2024.
- BEBCHUK, Lucian Arye, “Litigation and Settlement Under Imperfect Information”, *RAND Journal of Economics*, 1984, Vol. 15, N°3.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E.; ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A. (Coords.), *La responsabilidad de los administradores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 241-293.
- BORETO, Mauricio, *Responsabilidad Civil y Concursal de los Administradores de las Sociedades Comerciales*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006.
- CLARK, Robert, *Corporate Law*, Aspen Law & Business, Boston, 1986.
- COASE, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 1960, Vol. 3, pp. 1-44.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 6^{ta} edición, Addison-Wesley, Boston MA, 2016.

- DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, Aranzadi, Navarra, 2004.
- FAMA, Eugene F.; JENSEN, Michael C., "Separation of Ownership and Control", *The Journal of Law and Economics*, 1983, Vol. XXVI.
- FISHER, Roger; URY, William, *Getting to Yes – Negotiation Agreement Without Giving in*, 2ª edición, Penguin Books, New York, 1991.
- GAGLIARDO, Mariano, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; RUDOLPH COLE, Sarah, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 6ª edición, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2012.
- GUERRA MARTÍN, Guillermo, *El Gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003.
- HAMILTON, Robert, *Corporations*, 4ª edición, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1997.
- HEALY, Paul M.; PALEPU, Krishna G., "Information Asymmetry, Corporate Disclosure, and the Capital Markets: A Review of the Empirical Disclosure Literature", *Journal of Accounting & Economics*, 2001, Vol. 31, pp. 405-440.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de Obligaciones*, Editorial Ceura, Madrid, 1983.
- JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H., "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics*, 1976, Vol. 3, pp. 305-360.
- KAHNEMAN, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2013.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos, "Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk", *Econometrica*, 1979, Vol. 47, N°2.
- KORIAT, Asher; LICHTENSTEIN Sarah; FISCHHOFF, Baruch, "Reasons for Confidence", *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, 1980, Vol. 6, N°2.
- LUBBEN, Stephen; DARNELL, Alana, "Delaware's duty of care", *Delaware Journal of Corporate Law*, 2006, Vol. 31, N° 2, pp. 589-630.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte segunda, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- MENKEL-MEADOW, Carrie, "Whose Dispute Is It Anyway? A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)", *Georgetown Law Journal*, 1995, Vol. 83, pp. 2663-2696.
- MORILLAS, María José, *Las Normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.
- NICKERSON, Raymond S., "Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises", *Review of General Psychology*, 1998, Vol. 2, N°2, pp. 175-220.
- ODRIOZOLA, Carlos, "¿Reforma del Régimen de Responsabilidad de los Directores o Necesidad de una Adecuada Interpretación?", *La Ley*, 11 de marzo 1982, 1982-B.
- POSNER, Richard, "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration", *The Journal of Legal Studies*, 1973, Vol. 2, N°2, pp 399-458.
- POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., Little Brown and Co., Boston, 1986.
- SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B., "Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure", *Negotiation Journal January*, 1994.
- SERGENT, Randolph S., "The Corporate Director's Duty of Care in Maryland: Section 2-405.1 and the Business Judgment Rule", *Howard Law Journal*, 2001, Vol. 44, N° 2.
- SHAVELL, Steven, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies (University of Chicago Press)*, 1995, Vol. 24.
- SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press, Harvard

- University Press, Cambridge MA, 2004.
- SIMON, Herbert A., “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics*, 1955, Vol. 69, pp. 99-118.
- STIPANOWICH Thomas J.; LAMARE, J. Ryan, “Living with ‘ADR’: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations”, *Harvard Negotiation Law Review*, 2014, Vol. 19 N°1, pp. 1-68.
- STOUT, Lynn A., “Taking Conscience Seriously”, en ZAK, Paul J. (Editor), *Moral Markets: The Critical Role of Values in the Economy*, Princeton University Press, New Jersey, 2008.
- TRIEM, Fred, “Judicial Schizophrenia in Corporate Law: Confusing the standard of care with the *business judgment rule*”, *Alaska Law Review*, 2007, Vol. 24, N° 1, pp. 23-44.
- WILLIAMSON, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, New York, 1985.

b) Normativa citada

Código Civil chileno

Ley 18.045, de Mercado de Valores. Diario Oficial, 22 de octubre de 1981.

Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas. Diario Oficial, 22 de octubre de 1981.

c) Jurisprudencia citada

- Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de diciembre de 2020, Rol 237-2020.
- Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984).
- Briggs v. Spaulding*, 141 U.S. 132 (1891)
- Casey v. Woodruff*, 49 N.Y.S.2d 625 (S. Ct. 1944).
- Emerson v. Gaither*, 103, Md. 564, 64 A. 26 (Md. 1906).
- Gimbel v. The Signal Companies, Inc.*, 316 A.2d 599 (Del. Ch. 1974), *aff’d* 316 A.2d 619 (Del. 1974).
- Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Co.*, 26 Ohio St. 3d 15, 496 N.E.2d 959 (Ohio 1986).
- Hodges v. New England Screw Co.*, 1 R.I. 312 (1850).
- Lussier v. Mau-Van Development, Inc.*, 4 Haw. App. 359, 667 P.2d 804 (Hawai’i Ct. App. 1983).
- Pogostin v. Rice*, 480 A.2d 619 (Del. 1984).
- Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985).
- Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779 (Del. 1981).

d) Otros documentos

PODER JUDICIAL (Eds.), “Poder Judicial en Números”, 2025, Página web, en línea: <https://numeros.pjud.cl/Inicio> (consultada: 26 de marzo de 2026).

ZAÑARTU, Simón, “Reforma tributaria y resolución de conflictos”, *Diario Financiero*, Opinión, 25.02.2020, en línea: <https://www.df.cl/opinion/columnistas/reforma-tributaria-y-resolucion-de-conflictos> (consultada: 20 de marzo de 2026).



El contenido de la *Revista de Derecho Universidad de Concepción* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional, y puede usarse gratuitamente, dando los créditos a los autores y a la revista, conforme a esta licencia.