

CONFLICTO DE INTERESES EN LAS SOCIEDADES

Alberto Lyon Puelma
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Chile

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas importantes en el orden jurídico son los distintos conflictos de intereses que se suscitan en el interior de las personas jurídicas. Normalmente, dichos conflictos han dado lugar a extensas reglamentaciones legales en el caso de las sociedades anónimas, aun cuando ellos se presentan en todas las demás sociedades. Sin embargo, los principios contenidos en esas reglamentaciones también estaban presentes en normas de carácter civil vigentes en Chile desde hace más de 150 años, de manera que, aun cuando, para el caso de las demás sociedades, no haya una norma específica que rija estas cuestiones, serán los mismos principios que se encuentran inmersos en nuestra legislación común, los encargados de resolver la cuestión.

Las principales materias donde se presentan conflictos de intereses entre los accionistas o socios y entre estos y la sociedad, son en los actos o contratos celebrados por la entidad con personas relacionadas a su administración o a su control y en las cuestiones que deban resolverse entre los accionistas y entre estos y la sociedad sobre la base del principio mayoritario. Este último caso ha sido muy poco desarrollado tanto por nuestra legislación como por nuestra literatura jurídica, a pesar de que ha sido blanco de comentarios constantes por parte de la prensa y de otras disciplinas. Nosotros pretendemos darle a esta materia una especial relevancia, desarrollando y aplicado el derecho a una serie de cuestiones en las que, hasta ahora, había opinado muy poco la ciencia jurídica de nuestro país.

Por otra parte, es interesante comprobar la poca aplicación práctica que han recibido los principios del derecho común, cuando se trata de resolver cuestiones jurídicas de contenido económico. Pareciera como si estas materias estuvieran al margen de la ciencia jurídica, al punto que se ha transformado casi en un cliché, sostener que nuestra legislación económica es incompleta, anticuada o que no se ha acomodado a la realidad imperante en el mundo de los negocios. Falso. Parece incompleta, porque no se ha aplicado el derecho común. Parece anticuada e inerte, porque las instituciones que le dan flexibilidad al derecho no han sido utilizadas, porque ha sido muy fuerte la idea de que, en materias económicas, se debiera contar con una suerte de manual de conductas indeseadas, al cual se pudiera recurrir en caso de apuro. En fin, porque se ha debilitado la confianza en el derecho civil, creyendo que sus normas son meras abstracciones carentes de contenido práctico, cuando, si son abstractas, lo son para ser aplicadas a cualquier realidad, y no para que sean solo enseñadas a iniciados en el estudio del derecho.

Vale la pena, entonces, hacer un esfuerzo de imaginación y creatividad. El Derecho es una ciencia fácil de aprender, pero difícil de aplicar. Es difícil porque solo nos entrega los códigos para configurar las estructuras de pensamiento que cada caso requiere para su adecuada solución. Y a veces se necesita combinar los códigos de una disciplina con los de otra. La aplicación del derecho demanda un esfuerzo de imaginación y creatividad, como se ha dicho: el hardware existe; de nosotros depende el software adecuado.

2. EL CONFLICTO DE INTERES

Conforme a lo dicho por Alessandri, el contrato es “el resultado del choque de intereses opuestos que terminan por armonizarse en vista de una determinada finalidad económica perseguida por cada parte”¹. Sin embargo, en el caso de personas jurídicas relacionadas, el choque de intereses es solo aparente, porque, en la realidad, una misma persona o grupo de personas tienen la administración o influyen sustancialmente en la administración de las sociedades que intervienen en el acto jurídico y, por ende, pueden disponer de intereses que son opuestos. Lo mismo ocurre en el caso de que se enfrenten los intereses de los socios o accionistas o los de alguno de ellos con los de la sociedad y se sostenga que la cuestión debe resolverse votando, pues, en tal caso, el que se encuentra en situación de decidir sería el controlador, cuyo interés normalmente estará comprometido en el resultado de la votación.

En la legislación anglosajona, para designar este choque de intereses que es necesario para la formación válida de la voluntad en todo contrato, se ha acuñado la expresión “arm’s length transactions”, que significa una transacción negociada por partes no relacionadas, cada una de ellas actuando en su propio interés. Esta exigencia se coloca como base para determinar el valor de una cosa o servicio en un mercado justo.

El tema ha sido tratado originalmente por la doctrina chilena y extranjera cuando se discurre sobre la admisibilidad y la legitimidad de los actos o contratos consigo mismo o la autocontratación. Al respecto, se ha dicho por la doctrina² que “si el autocontrato suscita un conflicto o oposición de intereses, si su realización puede acarrear un perjuicio para el representado, si, por su naturaleza o importancia, hace posible el temor de que el representante sacrifique su deber a su propio interés, la jurisprudencia, apoyada por la doctrina, no vacila en declararlo inadmisibles, aun a falta de texto expreso”³. Así lo piensa también Stitckin⁴ que dice que el “acto jurídico consigo mismo es inadmisibles cuando la ley lo prohíbe o cuando suscita un conflicto de intereses.

Sin embargo, la legislación chilena no contiene ninguna disposición que reglamente en su conjunto la autocontratación ni los actos jurídicos celebrados existiendo un conflicto de intereses. Dispone sí de numerosas disposiciones que reflejan el principio expuesto en el párrafo precedente, como la de los artículos 412, 1796, 1799, 1800, 2144, 2145 del Código Civil y 57, 88 y 271 del Código de Comercio.

No obstante la ausencia de norma expresa, Alessandri sostiene que el fundamento de la inadmisibilidad “de los actos o contratos celebrados con conflicto de intereses debe encontrarse en los preceptos prohibitivos sobre la materia (los citados en el párrafo anterior), porque si bien son excepcionales y no pueden aplicarse por analogía fuera de los casos que contemplan, dada la ausencia de una reglamentación general sobre esta materia, pensamos –dice– que los jueces, obligados como están a fallar los procesos sometidos a su conocimiento aun a falta de ley que resuelva el punto debatido, pueden decidir que el autocontrato es inadmisibles en todos aquellos casos que, aunque no contemplados especialmente por la ley, ofrecen los mismos peligros que el legislador quiso evitar en los que reglamentó de un modo concreto. Es el criterio observado por la jurisprudencia francesa y aprobado por gran parte de la doctrina”⁵.

En una situación parecida a la que se encuentran los casos expuestos de conflicto de intereses en las sociedades, el artículo 2144 del Código Civil impide al mandatario, “por sí o por interpuesta persona” comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender o vender de lo suyo al mandante lo que a este le ha ordenado comprar, lo que significa que el mandata-

¹ Alessandri Arturo. La Auto contratación o el acto jurídico consigo mismo. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVIII, p. 5.

² Véase Hupka: “La Representación Voluntaria en los Negocios Jurídicos”, Madrid, 1930, p. 246 y siguientes.

³ Idem, p. 12. Ver nota al pie de página número dos del autor.

⁴ Stitckin David, “El Mandato Civil”, Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 296.

⁵ Alessandri Arturo, obra citada, p. 30.

rio “no puede celebrar esta compraventa ni bajo la forma de autocontrato ni valiéndose de un delegado o comanditario suyo ni de cualquier otro medio”⁶. Este otro medio podría estar constituido por la utilización de la forma de una persona jurídica en la que el representante es socio, es su mandatario o influye directamente en su administración.

De aquellas contenidas en nuestra legislación, la norma que más se aviene a las sociedades es la del artículo 271 del Código de Comercio que expresa: Se prohíbe al comisionista, salvo el caso de autorización formal, hacer contratos por cuenta de dos comitentes o por cuenta propia o ajena, siempre que para celebrarlos tenga que representar intereses incompatibles”.

Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, siempre estará presente el artículo 1546 del Código Civil, pues cualquiera que sea la naturaleza del conflicto, y más cuando este se presenta en un contrato de sociedad, las obligaciones y derechos que emanan del mismo, deben cumplirse y ejercerse, respectivamente, de buena fe, lo que por su naturaleza se opone, obviamente, a la obtención de cualquier beneficio por parte de cualquier socio que se encuentra en situación de sacrificar el interés de la sociedad al suyo propio.

Se debe hacer presente que la cuestión de los conflictos de interés que se suscitan en las sociedades puede comprometer el patrimonio de dos tipos de personas, a saber: a los acreedores particulares de cada una de dichas sociedades, que no pueden perseguir para el pago de sus acreencias sino los bienes de la sociedad deudora y no los de las demás entidades relacionadas a ella; y a los accionistas o socios minoritarios de dichas sociedades, cuyo interés será siempre el de acrecentar el patrimonio y la envergadura de los negocios de la sociedad de la cual son socios y, que, en ocasiones, pueden entrar en conflicto con el interés de los socios mayoritarios cuyo margen de actuación excede a veces con creces el interés de una determinada sociedad. Estos son en definitiva los intereses que el orden jurídico debe considerar para los efectos de impedir que colisionen.

SECCIÓN PRIMERA

LOS ACTOS O CONTRATOS CELEBRADOS POR LA ENTIDAD CON PERSONAS RELACIONADAS

3. DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDADES ANÓNIMAS Y OTRO TIPO DE SOCIEDADES

Se debería, en primer lugar, efectuar una distinción entre las sociedades anónimas por un lado y los demás tipos de sociedades o personas jurídicas por otro; puesto que la legislación, no siendo diferente en sus conclusiones, sí resulta distinta en su forma, habiendo sido mucho más desarrollada para el primer caso. Por lo mismo, es conveniente tratar primero el caso de las sociedades anónimas, puesto que, además, muchas de sus conclusiones podrán ser aplicadas a las demás especies de sociedad, ya por analogía ya por aplicación de los principios generales del Derecho y la equidad natural.

SOCIEDADES ANÓNIMAS

4. EL CONCEPTO DE “PERSONAS RELACIONADAS” COMO SUPUESTO DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS ACTOS CELEBRADOS POR LA SOCIEDAD CON CONFLICTO DE INTERESES

Tanto la Ley de Sociedades Anónimas como la de Mercado de Valores introducen el concepto de “personas relacionadas” como supuesto de las normas que regulan los actos o contratos celebrados por una sociedad con conflicto de intereses.

⁶ Alessandri, obra citada, p. 48. En el mismo sentido Demogue citado por Alessandri.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley 18.045, se consideran “relacionadas” con una sociedad, y por ende, en potencial conflicto de intereses, a las siguientes personas:

- (a) Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad;
- (b) Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la Ley 18.046;
- (c) Quienes sean directores, gerentes, administradores o liquidadores de la misma, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; y,
- (d) Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la misma o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones...”

Las relaciones que subyacen en los casos mencionados precedentemente son, como se verá, de tal naturaleza, que los administradores pueden verse expuestos a tener que sacrificar el interés de la sociedad que representan a un interés contrapuesto y, por lo mismo, se consagran al efecto dos normas que regulan situaciones diversas y que serán analizadas más adelante. En el fondo, lo que se quiere expresar con este concepto de personas relacionadas es que entre ellas existe un eventual conflicto de intereses si se ejecutan o celebran entre ellas actos o contratos.

Desde luego, las causales mencionadas resultan más bien expositivas que dogmáticas, lo que tiende un velo sobre la verdadera naturaleza de la cuestión que se regula, que no es otra que un simple conflicto de interés. Quizás habría sido mejor referirse directamente al conflicto que esconden y reglamentarlo por lo que representa dogmáticamente como ocurre normalmente en el derecho común. En vez de establecer la categoría de personas relacionadas y reglamentar los actos o contratos celebrados entre ellas, podría haberse dicho que las condiciones de los contratos que celebre la sociedad con conflicto de interés, esto es, con personas que tengan influencia en las decisiones que ella adopta, porque determinan la formación de su voluntad colectiva, deben celebrarse en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado y, posteriormente, entrar a presumir de derecho los casos en que hay conflicto, que es por lo demás lo que al final se hace. Pero en fin, entendemos que el concepto de personas relacionadas se usa, también, para otros fines.

Se analizarán por separado las distintas relaciones expuestas en la ley.

5. ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE RELACIONAMIENTO EXPRESADAS

5.1. *Entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial.* De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 18.045, “grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinados a estos, o que existan riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten”.

Pues bien, en los actos que celebren entre sí las distintas sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, puede resultar perjudicado el derecho de prenda general de los acreedores o el patrimonio de un tercero que es socio o accionista minoritario de una determinada sociedad que forma parte del grupo empresarial, precisamente porque, como se ha dicho, la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes al grupo empresarial los cuales pueden entrar en conflicto con los intereses particulares de una determinada sociedad.

5.2. *Matrices, filiales, coligantes y coligadas.* Este tipo de relación esta constituida por los vínculos de propiedad existente entre dos o más personas jurídicas, esto es, cuando una de ellas es

dueña directamente o a través de otra persona natural o jurídica de una parte de las participaciones sociales de otra, pasando a denominarse matriz cuando controla directamente o a través de otras personas más del 50% del capital y coligante cuando, sin controlarla, posee el 10% o más de su capital⁷. En este caso hablamos de sociedades matrices, filiales, coligantes y coligadas.

Es obvio de que en estos casos existe un conflicto de intereses entre las sociedades, pues una de ellas se encuentra en una situación preponderante respecto a la otra. En las matrices dicha preponderancia es evidente respecto de sus filiales, pues su administración es nombrada por la matriz. En las coligantes, la preponderancia deriva del hecho de que si bien la administración de la coligada no es mayoritariamente designada por aquella, al fin de cuentas interviene o puede llegar a intervenir en su nombramiento.

De esta forma, quien no tiene libertad para decidir sin presiones no puede esperarse que defienda con rigor los intereses de la sociedad que representa. Es entonces, el peligro de que anteponga su interés a su deber el que mueve al legislador a reglamentar los actos y contratos celebrados entre estas sociedades, aun cuando ese peligro no se presente en la práctica o sea meramente potencial. Se sigue, entonces, el criterio de la doctrina⁸, en el sentido que los actos celebrados existiendo conflicto de intereses no son admisibles "en ningún caso, aunque, en el hecho, no resulte perjudicial y aunque el mandatario haya obrado correctamente y defendido en buena forma los intereses confiados a su cargo".

Los administradores de las sociedades mencionadas se encuentran permanentemente expuestos a un conflicto de intereses cuando sus respectivas sociedades celebran actos jurídicos. Podríamos decir que se encuentran estructuralmente expuestos a este conflicto y, por ende, es indiferente de qué administradores se trate, porque lo están, no por su situación personal, sino por el lugar que ocupan dada la estructura de propiedad de la sociedad respectiva.

Es por ello que, cuando se celebran actos y contratos entre estas sociedades, la ley siempre exige que se cumplan los requisitos establecidos en ella, aun cuando dichos administradores, personalmente, no tengan al respecto interés alguno en el acto de que se trate.

5.3. Personas naturales vinculadas a la administración. La letra c del artículo 100 de la ley sobre Mercado de Valores señala que son relacionados a la sociedad sus directores, gerentes, administradores o liquidadores de la sociedad y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Si los directores, gerentes, administradores o liquidadores de una sociedad tienen un interés personal que se contrapone al de la sociedad, no puede esperarse que defiendan los intereses de esta por sobre los suyos propios o los de su cónyuge o el de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Estas personas no se encuentran estructuralmente en conflicto de intereses como se encuentran los administradores de las matrices, filiales, coligantes y coligadas, que lo están por esencia. Los directores, gerentes, administradores o liquidadores de una sociedad no están en conflicto de intereses siempre. Solo lo están cuando se celebra por la sociedad un acto en los que ellos tengan interés.

Es por ello que, cuando se celebran actos y contratos por la sociedad, la ley exige que se cumplan los requisitos establecidos en ella, solo cuando dichas personas naturales o sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, personalmente, tengan al respecto interés en el acto de que se trate.

5.4. Poder para designar un miembro en la administración o control del 10% o más del capital de una sociedad. Lo mismo que se ha dicho respecto de las coligantes, se puede decir de quien tenga derecho a designar, por sí sola o con acuerdo de actuación conjunta, al menos a un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital con

⁷ Artículo 86 y siguientes de la ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas.

⁸ Alessandri Arturo, obra citada, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVIII, p. 46 y Hupka, obra citada por Alessandri, p. 272.

derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones. La preponderancia deriva del hecho que, si bien la administración de la sociedad no es mayoritariamente designada por aquel, al fin de cuentas, interviene o puede llegar a intervenir en su nombramiento, lo que le resta libertad al administrador para decidir si es o no conveniente para la sociedad la celebración de un contrato con dicha persona

De lo expuesto precedentemente, se deduce que, atendiendo al origen del conflicto de intereses, este puede provenir ya de las relaciones de propiedad existente entre sociedades, ya de las relaciones personales de sus administradores, ya porque pertenecen a un mismo grupo empresarial.

En el fondo, en estos tres casos, se da cuenta de una situación que resulta evidente, pues se trata de contratos que celebra la sociedad con personas naturales o jurídicas que tienen influencia en las decisiones que ella adopta, porque determinan la formación de su voluntad colectiva. Por eso existe un conflicto de interés. Todo lo que se dice después en los artículos 44 y 89 de la ley 18.046, son presunciones de derecho de que existe un conflicto de interés, para poder aplicar el único principio sustantivo que ambas normas contienen, cual es que en estos casos los contratos deben celebrarse en condiciones de equidad similares a la que habitualmente prevalecen en el mercado.

6. REQUISITOS DE LOS ACTOS O CONTRATOS CELEBRADOS POR SOCIEDADES CON CONFLICTO DE INTERESES DERIVADOS DE LA RELACIONES DE PROPIEDAD O POR PERTENECER A UN MISMO GRUPO EMPRESARIAL

El artículo 89 de la Ley de Sociedades Anónimas, señala que “Las operaciones entre sociedades coligadas, entre la matriz y sus filiales, las de estas últimas entre sí, o con las coligadas, y las que efectúe una sociedad anónima abierta, ya sea directamente o a través de otras entidades pertenecientes a su grupo empresarial, con sus personas relacionadas, definidas en la Ley 18.045, deberán observar condiciones de equidad, similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Los administradores de una y otras serán responsables de las pérdidas o perjuicios que pudieren causar a la sociedad que administren por operaciones hechas por infracción a este artículo. También se aplicará lo dispuesto en este artículo, aun cuando la matriz o la coligante, en su caso, no fuere una sociedad anónima”.

La norma sustantiva que contiene esta disposición será analizada con mayor detención más adelante (véase supra párrafo 8), pero digamos ahora que esta no es una norma común en las relaciones contractuales. De hecho, no rige ninguna relación contractual de la sociedad con terceros. Ni siquiera resulta aplicable a las relaciones contractuales con los accionistas de la sociedad. Solo se aplica en la medida que esos terceros sean las personas que reúnan los requisitos del artículo 89 antes transcrito. Podría, por consiguiente, celebrarse un contrato entre una sociedad y otra cualquiera persona –inclusive accionista– en condiciones que no fueran de mercado y, no obstante, resultar perfectamente legítimo a los ojos del derecho. Sin embargo, con las personas mencionadas en la disposición, las condiciones deben ser de mercado. Ello sucede así atendido que esas personas se encuentran en condiciones de determinar o de influir en la formación de la voluntad colectiva de la sociedad y, por ello es que esas personas se encuentran en conflicto de intereses con la sociedad.

El artículo 89 antes transcrito constituye un verdadero atentado a toda buena técnica legislativa, pues confunde en su redacción los objetivos jurídicos que pretende alcanzar al tratar de obtenerlos todos juntos. Sin embargo, consigue su objetivo, y es eficiente en el modo de obtenerlo.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el artículo 89 hace fundamentalmente tres cosas:

1. Instituye una presunción de derecho de que las personas mencionadas en el citado artículo influyen en las decisiones de la sociedad;
2. Instituye una presunción de derecho de que, por lo mismo, en los actos o contratos celebrados entre las personas que menciona, existe un conflicto de intereses, estos es, de

que no se dan los presupuestos de una transacción negociada por partes no relacionadas, cada una de ellas actuando en su propio interés; y

3. Establece que, por ello, los actos o contratos entre esas personas deben celebrarse en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Se dice presumirse un hecho, cuando la ley, de una circunstancia conocida desprende una desconocida. Si, además, la ley no admite prueba alguna en contrario, se dice que la presunción es de derecho.

El primer hecho conocido es que cuando una sociedad es dueña del todo o parte de otra, se encuentra en condiciones de determinar o de influir sustancialmente en la formación de su voluntad colectiva. De ese hecho conocido, se concluye que en los actos que celebran entre sí las sociedades que tienen relaciones de propiedad, ya sea porque unas son dueñas de las otras o porque ambas pertenecen en todo o parte a otra sociedad, existe un conflicto de intereses, o sea, no se dan los presupuestos de una transacción negociada por partes no relacionadas, cada una de ellas actuando en su propio interés.

El segundo hecho conocido es que cuando se pertenece a un grupo empresarial, la formación de la voluntad colectiva de las sociedades que lo integran está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a estos, de lo que se concluye que en los actos que celebra una sociedad anónima abierta con las personas que forman su grupo empresarial, existe un conflicto de intereses, o sea, de que no se dan los presupuestos de una transacción negociada por partes no relacionadas, cada una de ellas actuando en su propio interés. La norma del artículo 89 se extiende aún más, pues incluye los actos que celebra esa sociedad con "sus personas relacionadas definidas en la Ley 18.045", pero es obvio que solo se refiere a las de su grupo empresarial, pues todas las demás que menciona esa ley, o están ya comprendidas por tener vínculos de propiedad entre sí o por estar tratadas por el artículo 44 de la Ley 18.046.

Parece indiscutible que estos hechos son presumidos por la ley, porque, de lo contrario, no habría razón alguna para exigir que los actos se celebraran en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Si no se presumieran, la discriminación que esta norma establece entre accionistas relacionados al controlador y no relacionados al controlador sería arbitraria, porque se les exigiría a los primeros unas condiciones para celebrar contratos con la sociedad que no se les exigirían a los segundos, lo que haría que la norma fuera inconstitucional al vulnerar la garantía establecida en el último inciso del número 2 del Artículo 19 de la Constitución Política del Estado.

La primera presunción es de derecho, porque no es posible probar que, a pesar de que una sociedad es dueña del todo o parte de la otra o, a pesar de que ambas son integrantes de un mismo grupo empresarial, la formación de la voluntad colectiva de la sociedad de que se trate es independiente y que el grado de influencia de aquellos con quienes se tienen relaciones de propiedad o del grupo al que pertenecen, es inexistente o nula.

La segunda presunción es también de derecho, porque no se puede probar que no existe conflicto de intereses, o sea, que a pesar de que se pueda influir en formación de la voluntad colectiva de la sociedad, en la práctica tal conflicto no se presenta porque se adoptan al respecto diversos procedimientos para evitar de que alguien sacrifique el interés de la sociedad que representa a un interés superior, por ejemplo, mediante la conocida práctica de la "muralla china" o alguna otra semejante.

Entonces, pareciera conveniente por razones de una correcta interpretación de la ley y por razones expositivas, sostener que la norma transcrita establece una presunción de derecho en orden a que en los actos que celebran entre sí las siguientes personas unas influyen en la formación de la voluntad de la otra y de que existe, por ende, un conflicto de interés en las siguientes operaciones:

1. Las operaciones entre sociedades coligadas, o sea, contratos celebrados entre dos sociedades cuya propiedad pertenece en un 10% o más a otra.
2. Las operaciones entre una sociedad matriz y sus filiales.

3. Las operaciones entre las filiales.
4. Las operaciones de las filiales con las coligadas.
5. Las que realice una anónima abierta, ya sea directamente o a través de otras entidades pertenecientes a su grupo empresarial, con sus personas relacionadas, definidas en la Ley 18.045.

Puede que en algunos de estos casos no se presente ninguno de los dos hechos presumidos. Piénsese, por ejemplo, en operaciones que realiza una sociedad anónima cuya propiedad accionaria se encuentra dividida por mitades entre dos accionistas, pero que solo uno de ellos tiene la administración de la compañía, porque posee acciones preferentes y el otro no. Piénsese en el caso que esa sociedad obtiene un préstamo de manos de un banco que pertenece al accionista que no cuenta con la administración. ¿Habría conflicto de interés? ¿Puede influir sobre la sociedad? Desde luego que no, pero sin embargo debería cumplirse con lo dispuesto en el artículo 89, porque, en el fondo, la norma establece las presunciones de derecho mencionadas, y contra este tipo de presunciones, no cabe prueba en contrario.

4. REQUISITOS DE LOS ACTOS QUE CELEBRA LA SOCIEDAD CON PERSONAS LIGADAS A SU ADMINISTRACIÓN

El inciso 1 del artículo 44 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas establece que “una sociedad anónima solo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más de sus directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado”^{9, 10}.

La norma rige a los actos o contratos celebrados entre la sociedad y sus directores, pero el inciso segundo de la disposición agrega que se presume de derecho que existe interés de un director, si interviene él mismo, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital o las sociedades o empresas en las cuales alguna de las personas antes mencionadas, sea director o dueño directo del 10% o más de su capital; y las personas por quien el director actúe como representante.

Por su parte, el artículo 93 de la Ley 18.046 establece que las operaciones de la sociedad filial en que algún director de la sociedad matriz u otras de las personas mencionadas en el artículo 44 tuviere interés, según lo dispuesto en el mismo precepto, solo podrán celebrarse en la forma y condiciones y sujetas a las sanciones de dicha disposición.

Aplicando en su conjunto las disposiciones legales citadas, es inconcuso que se presume de derecho que existe un conflicto de interés y, por ende, deben celebrarse en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, los actos o contratos de la sociedad o sus filiales con las siguientes personas:

1. Con un director de la sociedad, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
2. Con un representado del director, siempre que actúe este último en su representación,
3. Con un director de la matriz de la sociedad filial que realiza la operación;
4. Con un representado del director de la matriz de la sociedad filial que realiza la operación, siempre que actúe el director en su representación;

⁹ El artículo 248 de la Ley 19.950 sobre sociedades anónimas argentinas establece: “El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar en los acuerdos relativos a aquella. Si contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para una decisión válida”

¹⁰ Igual disposición se encuentra en el artículo 2373 del Código Civil italiano.

5. Con el cónyuge del director de la matriz de la sociedad filial que realiza la operación;
6. Con un pariente del director de la matriz de la sociedad filial que realiza la operación, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad;
7. Con una sociedad o empresa en que el director de la matriz es director a su vez;
8. Con una sociedad en que el director de la matriz es dueño directo o indirecto de un 10% o más de su capital;
9. Con una sociedad en que un pariente del director de la matriz hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, es dueño directo o indirecto de un 10% o más de su capital;
10. Con una sociedad en que el cónyuge del director de la matriz es dueño directo o indirecto de un 10% o más de su capital; y
11. Con una sociedad en que un pariente del director de la matriz hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad es dueño directo o indirecto de un 10% o más de su capital.

Puede ocurrir, en realidad, y ocurre por lo demás con demasiada frecuencia, que la persona de que se trate no tenga interés alguno en la operación. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de cuenta corriente entre una empresa y un banco que tienen un director común o entre cualquiera sociedad y una empresa eléctrica que le suministra energía y que tienen un director común. ¿Puede decirse que existe interés por parte del director en la operación? Obviamente que no, pues se trata de contratos que se desarrollan en el giro ordinario de los negocios sociales de ambas personas jurídicas y de los cuales, probablemente, el director común no tendría conocimiento si no fuera porque existe este artículo. Pero como la presunción es de derecho, la norma se aplica, pues no cabe a su respecto prueba alguna en contrario.

5. REQUISITO PARA ADMITIR CONTRATOS ENTRE PARTES RELACIONADAS:
DEBEN CELEBRARSE EN CONDICIONES DE EQUIDAD SIMILARES
A LAS QUE PREVALECEN HABITUALMENTE EN EL MERCADO

Tanto la norma del artículo 44 como la del artículo 89 de la Ley 18.046 establecen que los contratos deben celebrarse en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Según el Diccionario de la Real Academia Española lo que resulta equitativo es, textualmente, “la moderación en las condiciones que se estipulan para los contratos”; y moderar es siempre “evitar el exceso”; el exceso sobre un límite determinado por las condiciones habituales que prevalecen en el mercado.

Sin embargo, es difícil determinar qué se quiso decir con “condiciones que habitualmente prevalecen en el mercado”. Esta expresión da lugar a dos interpretaciones posibles:

Según la primera, se debe buscar el mercado en sus condiciones habituales, puesto que puede ocurrir, por ejemplo, que la economía del país pase temporalmente por una escasez de dinero provocada por las medidas adoptadas para frenar la inflación, todo lo cual redundaría en altas tasas de interés. En tal caso, no puede exigirse que las distintas empresas de un grupo económico, por ejemplo, o las personas que por sí mismas o a través de sus representadas, tienen relaciones entre sí, se presten dinero a las tasas que en ese momento prevalecen en el mercado, primero porque no son habituales y segundo, porque puede que no sean equitativas. Ante una situación como la descrita, lo equitativo sería prestarse dinero a las tasas de interés similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado y lo no equitativo sería que sociedades que pertenecen a un mismo centro de intereses o personas que son relacionadas entre sí, cayeran en el espiral de un mercado en proceso de ajuste, pues, en último término, los terceros que han contratado con una de dichas sociedades lo hacen sabiendo que ella pertenece a un grupo que precisamente ha diversificado sus riesgos, resguardándose así de los desvaríos del mercado. Tras esta posición se encuentra un concepto axiológico y casi dogmático sobre el valor de las cosas y servicios, a saber, que tienen un valor intrínseco determinable según sea el costo de producción y una

tasa de retorno de la inversión equitativa. La experiencia ha demostrado, sin embargo, que las cosas y servicios solo reflejan su valor intrínseco en el largo plazo y exigir, por vía legislativa, que dicho valor se refleje en el corto plazo, equivale, en la práctica, a impedir que se produzcan los ajustes de las economías, única vía conocida para restablecer la estabilidad de los mercados y asegurar el progreso económico.

Según la segunda interpretación, es necesario buscar las condiciones que habitualmente prevalecen en el mercado, cualesquiera que sean las condiciones de este, pues no es lo mismo buscar las condiciones habituales que prevalecen en el mercado, que buscar un mercado en sus condiciones habituales. No existe ningún mercado en condiciones habituales, no existen tales condiciones. Son las condiciones generales de la economía las que determinan los mercados, de manera que no existe un mercado "habitual". Lo normal en un mercado que sufre un proceso de desaceleración tiende a producirse una disminución en la oferta de empleo y, por ende, que lo habitual en él sea que las remuneraciones tiendan a decrecer; y el mismo mercado, poco tiempo después, puede recuperar su ritmo anterior y, por lo mismo, producirse un aumento en la oferta de trabajo pasando a ser habitual que las remuneraciones tiendan a experimentar un crecimiento sostenido en sus montos. En el caso del ejemplo, no existen remuneraciones equitativas en un mercado habitual, así como no existen tasas de interés equitativas, ni tampoco condiciones de precio de productos equitativas, así como ningún valor de transacción de un bien o servicio que resulte equitativo. Eso lo determina el mercado según las condiciones de la economía.

El artículo 136 de la Ley 18.046 establece que "cada vez que en esta ley se haga referencia a las condiciones de equidad, a las imperantes en el mercado o a las ventajas o beneficios indebidos u otras similares, debe entenderse que son aquellas imperantes en la misma época de su ocurrencia". Podría creerse que esta norma resuelve la cuestión discutida en los párrafos precedentes, pues se refiere a las condiciones imperantes en la época de celebración del contrato, lo que excluiría la posibilidad de que se discuta un valor que considere a la cosa o al servicio según la necesidad de las mismas en el largo plazo. Sin embargo, ello no es así, pues la cosa o el servicio llevaría incluido esa consideración al tiempo del contrato.

6. CUÁL ES EL FUNDAMENTO DE LA REGLA DE LOS ARTÍCULOS 44 Y 89 DE LA LEY 18.046

Como se podrá apreciar de lo expuesto anteriormente, el fundamento de las disposiciones precedentes no es otro que resguardar los intereses de los terceros relativos frente a actos que se celebran por la sociedad con personas relacionadas a la misma, existiendo de por medio un potencial conflicto de intereses. Los intereses de los terceros no son de carácter general y eventual sino específico. Los intereses de terceros emanan de contratos legalmente celebrados, los cuales se verían infringidos, esto es, incumplidos, si no existieran estas normas que no son otra cosa que la aplicación práctica de los artículos 1545 y 1546 del Código Civil, en el sentido de que los contratos son una ley para las partes y deben ejecutarse o cumplirse de buena fe.

En primer término, lo que se pretende resguardar es el contrato de sociedad, pues la obligación primordial de los socios es cumplir el contrato social de buena fe, respetando los derechos de sus socios o accionistas. Aunque parezca obvio decirlo, el contrato de sociedad obliga no solo a lo que en las cláusulas sociales se ha estipulado, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza del contrato o que por la ley o la costumbre pertenecen a dicha naturaleza¹¹. Es obvio entonces que, siendo el contrato de sociedad, un contrato por el cual dos o más personas estipulan poner algo en común para repartirse las utilidades que de ello provengan, resulta de la naturaleza de dicho contrato, y de las obligaciones que de él

¹¹ Artículo 1546 del Código Civil.

emanan, que no procede bajo respecto alguno que, valiéndose del poder para administrar la sociedad, uno de los socios o accionistas, directa o indirectamente, obtenga para sí o para terceros relacionados con él, una utilidad por la vía de subir o bajar artificialmente el precio de una transacción.

Por otra parte, si los que ejecutaron los actos contrarios a los principios antes mencionados, no eran socios de la sociedad sino meros administradores, habrían infringido las obligaciones legales que rigen la esfera de sus atribuciones o, en su caso, el contrato por el cual actúan como tales, que por lo general será un contrato de mandato.

Es la misma conclusión a la que llegaban quienes han tratado el problema de la autocontratación. El mandatario que compró para sí los bienes que su mandante le había encomendado vender, incumplió el contrato de mandato¹². Por lo mismo, los socios que, valiéndose del poder de administrar la sociedad, celebraron actos con la sociedad existiendo un conflicto de intereses actual o potencial, violan o incumplen el contrato de sociedad.

En segundo término, los terceros que contrataron con la sociedad y que, en virtud de dichos contratos, resultaron acreedores de la misma, confiaron que la garantía para el cumplimiento de las obligaciones constituida por el patrimonio de la sociedad iba a ser bien administrada o, por lo menos, administrada de forma que no se le iba a hacer disminuir en una forma contraria a la buena fe. De esta manera, si quienes administran la sociedad ejecutaron o celebraron actos o contratos con ella de manera tal que perjudicaron el derecho de prenda general, violaron también el contrato que se celebró con dichos terceros, aun cuando las fuerzas del patrimonio social sean, después de ejecutados dichos actos contrarios a la buena fe, suficientes para pagar las obligaciones generadas por ellos, pues lo que se sanciona es la disminución del derecho de prenda general del acreedor y no el incumplimiento que, de por sí, tiene una sanción especial.

Se debe descartar y rechazar como fundamento de las normas legales en comentario aquellas sobre lesión enorme contenidas en nuestro Código Civil, pues el fundamento de las mismas es completamente diferente al expuesto. En la lesión, lo que el orden jurídico reprueba es una falta de equivalencia en las prestaciones de un contrato oneroso conmutativo de tal magnitud, que resulta contraria al orden público y a la equidad. En el caso en análisis, lo que el orden jurídico reprueba son las transacciones negociadas por partes relacionadas, donde nadie sabe quién actúa, todo lo cual conlleva a que una de las partes en un contrato, se valga de una situación en la que puede decidir entre intereses opuestos, favoreciéndose a sí misma en perjuicio de los demás. Por lo mismo, ningún argumento según el cual no se habrían sobrepasado los límites de desequilibrio entre las prestaciones establecidos en la ley, es aceptable sobre el particular. Solo basta que los contratos no se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

7. EN LOS ACTOS CON PERSONAS LIGADAS A LA ADMINISTRACIÓN SE EXIGE UN REQUISITO ADICIONAL: LA APROBACIÓN PREVIA POR PARTE DEL DIRECTORIO

El artículo 44 de la Ley 18.046 establece, como se ha dicho, que las condiciones en que se celebre el acto o contrato deben ser conocidas por el directorio y aprobadas previamente por el mismo. En este sentido, se debe hacer presente que la aprobación previa del directorio es esencial. Esta aprobación hace las veces de la autorización que otorga el mandante al mandatario para comprar los bienes que le ha ordenado vender o venderle al mandante lo que este le ha ordenado comprar, según lo dispuesto en los artículos 2144 y 2145 del Código Civil. Ningún miembro de la administración de la sociedad puede celebrar un contrato al que le falte la aprobación por parte del directorio, pues excedería sus facultades y violaría el mandato que se le hubiere conferido por la ley o el directorio. Así como en el caso del mandato, no existiendo

¹² Alessandri Arturo, obra citada, p. 47; Stitckin David, obra citada, p. 297.

autorización del mandante, el mandatario no puede celebrar consigo mismo el acto o contrato que le hubiere encomendado, así también, no existiendo la aprobación del directorio, los administradores de la sociedad no pueden celebrar el acto en que se den los supuestos del artículo 44 de la Ley 18.046. Si, por el contrario, lo hacen, exceden su poder y violan el contrato y, por lo mismo, el acto que hubieren celebrado no obliga a la sociedad por aplicación del artículo 2160 del Código Civil que dice: "El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato". Han excedido los límites del mandato, pues para que ellos pudieran contratar por la sociedad con personas ligadas a su administración, era necesaria la autorización expresa y previa del directorio. Como no la hubo, violaron el contrato de mandato y no obligaron al mandante¹³.

Pero si concurre la voluntad soberana del mandante y de la sociedad, no se considera que el conflicto de interés existente vaya efectivamente a causar un daño al patrimonio de ninguno. Si el contrato les hubiere producido un daño efectivo, habiendo existido la sobredicha aprobación o autorización, el contrato obliga a la sociedad, pero quedando a salvo sí las acciones para reclamar por la culpa del mandatario o representante según el derecho común¹⁴ o las normas especiales de la ley de sociedades anónimas.

El directorio no puede abstenerse de pronunciarse frente a una operación sometida a su decisión. No puede entregarle, por ejemplo a los gerentes, o a la junta de accionistas, la decisión de aprobar o no el acto o contrato de que se trate. Ello ocurre así, pues es al directorio de una sociedad anónima al que le corresponde la administración de la misma, según lo dispone el artículo 31 de la Ley 18.046. Es asimismo el directorio de estas entidades el que está investido de todas las facultades de administración que la ley o el estatuto no establezca como privativas de la junta de accionistas, según lo dispone el inciso 1 del artículo 40 de la misma ley. Es el directorio de la sociedad el que, conforme a lo dispuesto en el artículo 41, debe emplear en el ejercicio de sus facultades de administración, el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios. De manera que no es aceptable —para nuestro orden jurídico— que el directorio de una sociedad anónima omita pronunciarse respecto a si aprueba o no aprueba un acto en el que se encuentran presentes los supuestos del artículo 44 de la Ley 18.046.

Tampoco puede ser la junta de accionistas la que sustituya al directorio en una decisión de esta naturaleza. Si se pensara que por ser la junta de accionistas el órgano supremo de la sociedad anónima, puede aprobar por sí misma los actos o contratos entre la sociedad y alguna persona ligada a su administración, se produciría el efecto de que, mediante dicho arbitrio, se estaría eximiendo o limitando la responsabilidad de los directores, al permitirle que mediante su falta de pronunciamiento respecto de un acto, queden exculpados de la responsabilidad que les corresponde por los actos celebrados por la sociedad, cosa que se encuentra precisamente prohibida por el inciso 2 del artículo 41 de la Ley 18.046 que previene que es nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de la junta de accionistas que tienda a liberar o a limitar la responsabilidad de los directores; y es por lo mismo que, el inciso 3 de la disposición citada establece que "la aprobación otorgada por la junta general de accionistas a la memoria y balance presentados por el directorio o a cualquier cuenta o información general, no libera a los directores de la responsabilidad que les corresponda por actos o negocios determinados; ni la aprobación específica de estos los exonera de aquella responsabilidad, cuando se hubieren celebrado o ejecutado con culpa leve, grave o dolo".

En otras palabras, se puede creer que omitiendo un pronunciamiento del directorio respecto a un acto o contrato en el que alguno de los directores tenga interés, y haciendo que sea la junta de accionistas la que lo apruebe, se puede eludir la responsabilidad que la ley les impone a dichos directores. Sin embargo, este razonamiento es equivocado, fundamentalmente por dos razones: la primera, porque el directorio no puede, conforme a la legislación sobre

¹³ Alessandri, obra citada, p. 47, número 66.

¹⁴ Alessandri, obra citada, p. 47, número 67.

sociedades anónimas, delegar o excusarse de efectuar un acto de administración; y segundo, porque el solo hecho de eludir su responsabilidad respecto a pronunciarse positiva o negativamente sobre un asunto de la sociedad, constituye, en sí mismo, un acto culpable o doloso y, por ende, origina las responsabilidades que la ley establece, a saber, la indemnización de perjuicios y la devolución a caja social de una suma equivalente de los beneficios que el acto de que se trate le reportó a sus personas relacionadas (último inciso artículo 44).

8. EFECTOS DE LA AUTORIZACIÓN DADA POR LA JUNTA DE ACCIONISTAS PARA CELEBRAR UN ACTO QUE NO HA SIDO APROBADO ANTES POR EL DIRECTORIO

El consentimiento dado por los accionistas bajo la forma de un acuerdo que autorice o permita la celebración por la sociedad de un acto o contrato que infringe el artículo 89 o 44 de la Ley 18.046 no puede significar, en primer lugar, que la junta valide una conducta ilegal, pues esas normas son de orden público y lo que se sanciona es la violación intrínseca de la misma, independientemente de si se cuenta o no con el consentimiento de los ofendidos directos o indirectos. La norma contenida en dichos artículos precisamente se ha colocado por nuestro ordenamiento jurídico, en interés de los accionistas y en el de los terceros interesados. Esto no puede ser discutido, pues el propio artículo 44 establece que dichos terceros interesados tienen acción frente a los directores para requerir de ellos las mismas prestaciones que establece a favor de los accionistas.

En este sentido, la norma que rige a las personas relacionadas con una sociedad, en orden a que sus transacciones deben ser realizadas en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, protege la fe pública y el interés de la sociedad. Es también una norma relevante dentro de aquellas que integran lo que se ha venido en llamar el orden público económico. De manera, que ninguna conducta de los directa o indirectamente ofendidos puede transformar en legal lo que en sí mismo es contrario al orden jurídico.

No puede, en segundo lugar, significar una renuncia a los derechos que dichas normas establecen, puesto que el inciso 3 del artículo 41 de la Ley 18.046 establece expresamente que "La aprobación otorgada por la junta general de accionistas a la memoria y balance presentados por el directorio o a cualquier otra cuenta o información general, no libera a los directores de la responsabilidad que les corresponda por actos o negocios determinados; ni la aprobación específica de estos los exonera de aquella responsabilidad, cuando se hubieren celebrado o ejecutado con culpa leve, grave o dolo". De manera que el consentimiento dado por los accionistas, por expresa disposición de la ley, no produce ningún efecto si el directorio ha obrado con culpa o dolo. Y no puede negarse que este ha obrado, a lo menos, con culpa, si el acto no ha sido celebrado en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Podría sostenerse que el consentimiento dado por los accionistas no libera de responsabilidad al directorio, pero sí libera de responsabilidad a los terceros relacionados que se vieron beneficiados con los actos o contratos no celebrados en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, porque a su respecto no existe una norma que impida una renuncia como la tratada en el párrafo inmediatamente anterior. En principio, esos terceros no son responsables ante la sociedad o los accionistas por los actos celebrados con la sociedad, sino en virtud de las reglas generales, esto es, cuando han actuado como coautores, cómplices o encubridores del hecho ilícito, o han fraguado el dolo con que se perjudicó a los accionistas y a la sociedad o se han aprovechado de él (artículo 1458 del Código Civil). Sin embargo, en estos casos, la aprobación previa dada por los accionistas a dichos actos en una junta significaría, en la práctica, una simple condonación del dolo futuro que cometerán esos terceros, lo que haría que el acuerdo de dicha junta y los votos de los accionistas individualmente considerados fueran nulos absolutamente, no ya por lo dispuesto en el artículo 41 inciso 3 de la Ley 18.046 sino porque, conforme al artículo 1465 del Código Civil, la condonación del dolo futuro no vale y, por ende, dicho consentimiento expresado a través del voto en una junta adolecería de nulidad absoluta, en conformidad al artículo 1682

del Código Civil. Constituiría una condonación del dolo de los que contrataron con la sociedad, porque estos habrían ejecutado o celebrado las operaciones contrarias a lo dispuesto en los artículos 89 o 44 de la ley de Sociedades anónimas, con el objeto de perjudicar los intereses de la sociedad y de los accionistas.

Esto significa entonces que el consentimiento dado por los accionistas no produce efecto alguno en lo que se refiere a la responsabilidad del directorio por expresa disposición del artículo 41 inciso 3 de la Ley 18.046 y es, respecto de cualquier tercero, especialmente la o las sociedades que se hubieren visto beneficiadas con el o los actos o contratos respectivos, ineficaz por nulidad absoluta de dicho consentimiento expresado a través del voto en la junta, por constituir en la práctica la condonación de un dolo futuro, todo ello según lo prevenido en los ya referidos artículos.

9. INEFICACIA POR INOPONIBILIDAD Y NULIDAD, EL ACUERDO DE LA JUNTA DE ACCIONISTAS QUE APRUEBA LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO QUE NO HA SIDO APROBADO ANTES POR EL DIRECTORIO

9.1. Ineficacia por inoponibilidad del acuerdo

Los acuerdos de la junta de accionistas que aprueban la celebración de un contrato en condiciones que no sean equitativas conforme a las que habitualmente prevalecen en el mercado, son inoponibles al directorio de la sociedad y a la misma sociedad, pues la junta carece de competencia para adoptar acuerdos que tengan por objeto la celebración de actos jurídicos con terceros o de negocios con terceros.

La competencia de la junta es aquella que la habilita para deliberar y adoptar acuerdos y decisiones sobre un asunto concreto relativo a la vida de la sociedad con el poder que le otorga su calidad de órgano, esto es, con el efecto de que sus decisiones sean consideradas por terceros y por los otros órganos sociales, como propias de la voluntad de la persona jurídica. Esta competencia está determinada, a su vez, por un elemento de forma y otro de fondo. El primero está compuesto por el cumplimiento de las formalidades de convocatoria y citación. El segundo es que la junta debe tener efectivamente facultades para resolver la cuestión de que se trata, en virtud de la ley o de los estatutos.

La junta de accionistas se encuentra en una situación de supremacía y es el órgano soberano de la sociedad, pero “no en el sentido que su actividad no esté sujeta a limitaciones, que las tiene muchas, sino en cuanto que sus componentes no son designados por nadie, pues lo son en virtud de su calidad de socios, y a la vez, porque no deben rendir cuentas de su actividad a nadie”¹⁵.

La Asamblea de accionistas no es titular de un poder omnímodo, en el sentido que sea ella la única indicada para decidir la marcha de la persona jurídica. Es válida en este sentido la opinión de Brunetti¹⁶, según la cual, “la asamblea de los miembros de la entidad es un pequeño parlamento investido de poderes vastísimos, pero que, por su estructura, no puede dirigir ni controlar la marcha de los negocios sociales”.

Los negocios sociales son controlados y dirigidos por el directorio de la sociedad. A él le empuja determinar si se ejecutan o celebran y si son convenientes o inconvenientes para la marcha de la sociedad. Si así no fuere, todo el régimen de responsabilidad que es aplicable por la ley al directorio de las sociedades anónimas, que son normas de orden público, podría fácilmente burlarse vía la ratificación posterior, por la junta, de los actos del directorio o lo que es más grave, vía el traspaso de las facultades legales por parte del directorio a la junta.

¹⁵ FERRARA, Francisco, “Sociedades y Empresarios”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 160.

¹⁶ BRUNETTI, Tratado del Derecho de Sociedades, Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1960, Tomo II, p. 360.

En principio, por sí solos, los acuerdos adoptados por órganos incompetentes, esto es, no facultados por la ley o por los estatutos para adoptarlos, no adolecen de ningún vicio de nulidad, pues las nulidades son de derecho estricto y sucede que no existen disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico que impongan este tipo de sanción a los acuerdos emanados de órganos incompetentes. Sin embargo, estos acuerdos son inoponibles, y por ende, ineficaces, respecto de todos los demás órganos de la sociedad anónima y a la sociedad misma.

El fundamento de esta inoponibilidad es que los accionistas y las distintas personas portadoras de la calidad de órgano de una persona jurídica, se obligaron a respetar, a hacer cumplir los acuerdos de los órganos sociales de la entidad, en la medida de que estos se adoptaran cumpliendo las normas que todos se dieron en el acto constitutivo. Si se adoptan con infracción a dichas normas, es preciso concluir que ninguno de ellos puede ser oponible a los accionistas y a los otros órganos sociales, pudiendo estos o aquellos desconocerlos para cualquier efecto que se quisieren usar.

13.2. Ineficacia por nulidad absoluta de los acuerdos.

Conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 41 de la Ley 18.046, es nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de la junta de accionistas que tienda a liberar o a limitar la responsabilidad de los directores.

Los acuerdos de la junta de accionistas que aprueban actos o contratos que vulneran el principio en comentario, tienen por claro objeto liberar de responsabilidad al directorio de dicha sociedad, por cuanto este, pretendiendo eludir el artículo 44 de la citada ley y la responsabilidad que este establece, no aprueba o rechaza dichos actos o los aprueba sujeto a ratificación de la junta, traspasando así, a los accionistas reunidos en junta, una decisión que solo al directorio empuja, de manera que no se les pueda imputar directamente la responsabilidad que la propia ley establece.

De esta forma, es inconcuso que el acto es nulo de nulidad absoluta, pues se trata de un acto que la ley prohíbe y, por ende, adolece de nulidad absoluta conforme lo dispone el artículo 1466 del Código Civil.

10. EL CONTRATO CELEBRADO CON INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 44, POR NO HABER SIDO APROBADO PREVIAMENTE POR EL DIRECTORIO, ES INOPONIBLE A LA SOCIEDAD

Como se ha expresado, el hecho de haberse celebrado un contrato bajo los supuestos del artículo 44 de la Ley 18.046, sin que se hubiere previamente aprobado por el directorio de la sociedad, es inoponible a esta, pues los representantes de la sociedad que celebraron el contrato excedieron los límites de sus atribuciones e infringieron el contrato de mandato, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2160 del Código Civil, la sociedad no está obligada a cumplir las obligaciones contraídas a su nombre por dichos representantes.

11. ADOLECE DE NULIDAD ABSOLUTA POR CAUSA ILÍCITA UN CONTRATO CELEBRADO EN CONDICIONES QUE NO SON DE MERCADO

En efecto, conforme a lo establecido en el artículo 1467 inciso 2 se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Es obvio que el motivo del acto o contrato que se celebra en condiciones que no son de mercado, es el de beneficiar a terceros en perjuicio de la sociedad, vulnerándose con ello los artículos 89 y 44 de la ley de sociedades anónimas. La causa o motivo que indujo a las partes a contratar se encuentra, entonces, prohibida por la citada disposición legal. El tema no admite discusiones, porque puede que ese artículo no sea prohibitivo sino imperativo, lo que sería un argumento para negar, a lo sumo, la existencia de objeto ilícito, pero no se puede

negar que prohíbe tener como causa o motivo para contratar, el hecho de celebrar, entre partes relacionadas, contratos en condiciones que no sean de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Pero si alguna duda cabe al respecto, es obvio que dichos actos o contratos son ciertamente contrarios a las buenas costumbres. Las buenas costumbres podrán ser para algunos un concepto carente de contenido práctico, pero lo cierto es que parece mala la costumbre aquella según la cual algunos accionistas o directores de una sociedad anónima utilizan a esta sociedad para hacer pasar en beneficio de uno u otros, sin causa, y en perjuicio de los intereses sociales, un activo que, de no encontrarse dichos accionistas o directores en la situación en que se encuentran en la sociedad, jamás habrían obtenido.

De manera entonces que los contratos celebrados en condiciones que no sean las que habitualmente prevalecen en el mercado, adolecen de causa ilícita y, por ende, son nulos absolutamente según lo dispone el artículo 1682 en relación con el artículo 1467 del Código Civil.

Además, el tercero beneficiado debe restituir a la sociedad perjudicada, todo lo que haya percibido con ocasión del contrato por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1687 del Código Civil; y, por ser un poseedor de mala fe, debe restituir los frutos civiles de los dineros involucrados, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo dichos dineros en su poder, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 907 del Código Civil.

Los accionistas individualmente considerados pueden solicitar directamente la nulidad absoluta, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 1683 del Código Civil, puede alegar la nulidad cualquiera que tenga interés en ello. Los accionistas lo tienen, dado que la sociedad se ha hecho más pobre con dichos actos o contratos y, a través de ella, se han hecho más pobres, también, los accionistas.

El artículo 133 bis de la Ley de Sociedades Anónimas, el cual establece que: "toda pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad como consecuencia de una infracción de esta ley, su reglamento, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia, dará derecho a un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad o a cualquiera de los directores de la sociedad, a demandar la indemnización de perjuicios a quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad".

Se podría pensar que este artículo impide a los accionistas que no reúnan los requisitos establecidos en la ley, entablar la acción de nulidad absoluta mencionada. Sin embargo, el artículo 133 bis antes citado no se refiere a las acciones de nulidad sino a la acción para solicitar la indemnización de perjuicios, lo que hace que lo dicho sea completamente improcedente.

Es más, negar a los accionistas individualmente considerados la acción para solicitar la nulidad absoluta de dichos actos constituiría, en la mayor parte de los casos, dejar impunes a quienes contrataron con la sociedad, pues es muy probable que esta carezca de la acción para intentar la nulidad, pues sabía o debía saber el vicio que invalidaba el acto.

12. SI EL TERCERO CON QUIEN SE CELEBRÓ EL ACTO CONTRARIO AL ARTÍCULO 44 Y 89 DE LA LEY 18.046 ERA ACCIONISTA DE LA SOCIEDAD, HABRÍA INCUMPLIDO EL CONTRATO DE SOCIEDAD

Por otra parte, si los terceros con quienes la sociedad habría celebrado los actos y contratos contrarios al artículo 89 son accionistas controladores de la sociedad anónima que se vio perjudicada con ellos, estos accionistas habrían incumplido sus obligaciones derivadas del contrato de sociedad.

La primera observación que se puede formular a lo dicho consiste en sostener que lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 18.046 no puede ser considerada una obligación para los accionistas controladores de la sociedad, sino solamente para sus administradores, porque si tales accionistas celebran actos con la sociedad debe considerarse su participación como si se tratase de la de un tercero y estos, como se ha visto, no responden ante la sociedad por los actos contrarios al artículo 89 y 44, sino en virtud de las reglas generales, esto es, en la medida que se les prueba su participación dolosa o culposa como autores, cómplices o encu-

bridores del hecho ilícito y, aun así, tampoco sería aceptable que se ligara el hecho con el contrato de sociedad, pues no se habría incumplido ninguna obligación nacida de este, pues, como accionistas de una sociedad anónima, ellos no son sujetos pasivos de las obligaciones de colaboración propias de los contratos en general y del contrato de sociedad en particular, dado que en este tipo de sociedades no existen estas obligaciones, como, en ocasiones, lo ha sostenido la doctrina.

Finalmente, se podría agregar que, si bien el artículo 30 de la ley de sociedades anónimas exige a los accionistas ejercitar sus derechos de manera de no perjudicar los de la sociedad, la disposición se refiere al ejercicio de los derechos que emanan del contrato de sociedad y que parecería absurdo que se privara a una persona, por ser accionista, de las ventajas de una buena negociación, colocándolas frente a un estatuto jurídico discriminatorio donde se le exige a los "conocidos" una obligación que no se les exigiría jamás a los "extraños".

Sin embargo, el problema de fondo que hay detrás de los actos celebrados con infracción al artículo 89 de la ley citada es un conflicto de intereses. La situación de los terceros que no son accionistas de la sociedad es radicalmente distinta a los que sí son accionistas controladores o personas relacionadas a ellos, puesto que estos se encuentran en situación de determinar la voluntad colectiva de la compañía o de influir sustancialmente sobre ella. Estos accionistas de la sociedad se encuentran así en situación de decidir entre sacrificar su interés al de la sociedad o el de la sociedad al suyo. Si el contrato se celebró en condiciones que no son de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, es obvio que eligieron sacrificar el interés de la sociedad y, eso constituye, por sí mismo, un acto contrario al artículo 1546 del Código Civil y al artículo 30 de la Ley 18.046, no ya por haber obtenido una ventaja que para cualquier tercero era legítima sino porque han ejecutado el contrato de sociedad de mala fe al ejercer los derechos por los cuales pueden influir sustancialmente en las decisiones de la sociedad de manera abusiva, esto es, permitiendo que la sociedad celebre, en beneficio propio, un contrato en condiciones que no corresponden a las de equidad similares a las que prevalecen habitualmente en el mercado.

Se dirá, entonces, que como accionistas que pueden influir en las decisiones sociales adoptadas por la junta, no pueden sin embargo influir sobre los directores que son los que en definitiva negocian y resuelven por la sociedad. Sin embargo, tal argumento adolece de un defecto de estructura, pues el artículo 89 establece una presunción de derecho de que los accionistas principales o controladores de la sociedad o las sociedades relacionadas ejercen sobre los directores de la sociedad una influencia decisiva, al señalar que los actos entre las personas mencionadas en dicha disposición deben celebrarse en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, todo ello porque los actos en los que intervengan las personas que enumera el artículo necesariamente deben someterse a esa regla, a pesar de que se pruebe de que tales personas no influyen sustancialmente sobre los directores de la entidad.

De esta manera, es inconcuso que si los terceros con quienes se celebraron los actos contrarios al artículo 89 son las personas mencionadas en dicha disposición, se habría incumplido por parte de estas personas el contrato de sociedad, pues habrían ejercido de mala fe el poder que les otorga el principio mayoritario, al haber perjudicado los derechos de la sociedad consistente en que los contratos que se celebren con dichas personas relacionadas, deben celebrarse en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Más allá de cualquier disquisición jurídica, la obligación primordial de los socios es cumplir el contrato social de buena fe, respetando los derechos de sus socios o accionistas. Aunque parezca obvio decirlo, el contrato de sociedad obliga no solo a lo que en las cláusulas sociales se ha estipulado, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza del contrato o que por la ley o la costumbre pertenecen a dicha naturaleza. En aplicación de este principio, no procede bajo respecto alguno que uno de los socios o accionistas, directa o indirectamente, obtengan para sí o para terceros relacionados con él, una utilidad por la vía de subir o bajar artificialmente el precio de una transacción, extrayéndosela a la sociedad en perjuicio de ella misma y de sus demás socios.

En igual incumplimiento caerían dichos accionistas si el acto o contrato lo hubiere celebrado una persona perteneciente al mismo grupo empresarial del accionista, pues en tal caso, se presume de derecho que tiene interés el propio accionista en esa operación y que ha influido en las decisiones de la sociedad perjudicada con el acto, todo ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 18.046. En tales circunstancias, no se podría discutir que el accionista es inocente, pues no se podría probar que no influyó en las decisiones de la sociedad que se hubiere visto perjudicada, atendido que existe una presunción de derecho de que así actuó.

13. LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN CONDICIONES QUE NO SON DE MERCADO, GENERA PARA LOS RESPONSABLES Y TERCEROS BENEFICIADOS LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR PERJUICIOS

La sanción por la contravención al artículo 44 y 89, esto es, la infracción al principio legal según el cual las transacciones entre partes relacionadas deben celebrarse en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, genera para los que lo han fraguado y para los terceros beneficiados con ellos la obligación de indemnizar a la sociedad y a los accionistas, los perjuicios que se la han causado. A este respecto, es preciso distinguir entre tres tipos de perjuicios: el perjuicio que sufre la sociedad como persona jurídica; el perjuicio que sufren los accionistas o socios; y el perjuicio que sufren los acreedores de la entidad. A ellos corresponden tres tipos de intereses distintos. Y es necesario analizar si el orden jurídico protege dichos intereses concediéndoles una acción para perseguir la consiguiente indemnización de perjuicios.

14. EL PERJUICIO QUE SUFRE LA SOCIEDAD Y LAS ACCIONES DE QUE DISPONE

El interés de la sociedad que sufrió el daño o la pérdida está constituido por resarcirse de los perjuicios derivados de un acto ilícito cometido por la persona de sus administradores, en unión con terceros relacionados a estos o a aquella, acto que podrá ser culpable o doloso según sea el caso.

La acción, entonces, se dirige, en primer lugar, en contra de los administradores a fin de que respondan de las pérdidas y perjuicios que el acto o contrato celebrado produjo a la sociedad. Así lo prescribe el artículo 89 de la Ley 18.046 que dice: "Los administradores de unas y otras serán responsables de las pérdidas o perjuicios que pudieren causar a la sociedad que administran por operaciones hechas con infracción a este artículo"; y así también lo prescribe el último inciso del artículo 44 de la citada ley, que dispone: "la infracción a este artículo no afectará la validez de la operación, pero además de las sanciones administrativas en su caso y penales que correspondan, otorgará a la sociedad, a los accionistas o a los terceros interesados, el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados y a pedir el reembolso a la sociedad por el director interesado, de una suma equivalente a los beneficios que a él, a sus parientes o a sus representantes les hubieran reportado dichas negociaciones".

La acción se puede dirigir también en contra de los terceros que celebraron con la sociedad, los actos o contratos contrarios al principio antes indicado. Estos terceros son autores, cómplices o encubridores de los administradores y, por ende, no pueden quedar impunes frente a una actuación que contraviene el orden jurídico. Se podrá decir que, como terceros, no están obligados a respetar el principio de que los actos de la sociedad con sus personas relacionadas deben observar condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado; pero si bien esa afirmación es cierta solo de una manera general, eso no implica que resulten responsables por haber participado en un delito o cuasidelito civil cometido por la persona de sus administradores y cuya responsabilidad, por ende, comparten. En estos casos, no serían responsables por la violación del principio expuesto, así como no lo son los terceros que contratan con la sociedad en condiciones que no son de mercado, pero sí lo serían por haber participado como autores, cómplices o encubridores en el citado delito o cuasidelito civil.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 2307 del Código Civil, “si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

En este sentido, se debe advertir que la comisión del hecho ilícito habría sido realizada claramente por los administradores de la sociedad, pero es indudable, también, que del mismo hecho ilícito fueron coautores, cómplices o encubridores, los terceros con quienes se celebró el contrato y quienes a la postre resultaron beneficiados directamente con él. No es razonable pensar que estos últimos fueron inocentes de la comisión del hecho ilícito y que ellos no sabían que con la celebración de dichos actos o contratos se infringían los artículos 44 y 89 de la Ley 18.046 y se provocaba un enriquecimiento ilícito de ellos mismos.

Es más, el hecho ilícito se consumó necesariamente con el conocimiento y participación de dichos terceros, tanto porque ellos sabían o debían saber del beneficio sin causa que recibían, así como también porque fueron ellos los que, probablemente, en sus dobles calidades de administradores de la sociedad perjudicada o de personas relacionadas a ella y de administradores de la o las sociedades beneficiadas o de personas relacionadas a ellas, habrían promovido o forzado a la celebración de dichos actos o contratos. En este sentido, la coautoría resulta evidente. Siendo así, es entonces plenamente aplicable la disposición citada, surgiendo la solidaridad entre los coautores del tenor literal del artículo 2.317 del Código Civil.

La solidaridad se refiere a reparar el daño causado, es decir, a los efectos civiles del hecho ilícito y del incumplimiento. En la especie, a reparar los perjuicios que se derivan del hecho ilícito consistente en haber infringido los artículos 44 y/o 89 de la Ley 18.046, dentro de cuyos efectos se contempla la devolución a la Sociedad de todas las sumas con que se vieron beneficiados los terceros y la respectiva indemnización de perjuicios para dicha sociedad.

En este caso, la solidaridad debería quedar regida por el artículo 2317 del Código Civil, por ser la única norma que regula el caso de la comisión de un hecho ilícito por dos o más personas, todo ello por expresa aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 del mismo cuerpo legal.

La solidaridad afecta, por consiguiente, a todos los que hayan intervenido en el hecho ilícito, como autores, cómplices o encubridores; unos y otros los han cometido, cada uno dentro de su radio de acción. No existe ninguna razón para circunscribir la solidaridad solo a los directores de la sociedad y negarla en contra de los terceros, tanto más cuanto el artículo 2316 limita la responsabilidad del que recibe provecho del dolo ajeno a condición de no ser cómplice en ese dolo; de donde se infiere que, si lo es, su responsabilidad es completa y queda regida por la regla general de inciso 1 del artículo 2316 y por el artículo 2317¹⁷.

La solidaridad que se deriva del delito o cuasidelito y del hecho ilícito en general produce los efectos señalados en los artículos 1511 y siguientes del Código Civil. La sociedad puede, en consecuencia, demandar la reparación total del daño causado a todos sus autores, cómplices o encubridores conjuntamente o, a cualquiera de ellos, a su arbitrio.

Se podría creer que los terceros que participaron con los administradores en este hecho ilícito han fraguado un dolo en contra de la sociedad a objeto de obtener su consentimiento en los actos jurídicos contrarios a los artículos 44 y 89 de la Ley 18.046. Sin embargo, esta creencia es equivocada. Los terceros habrían actuado como autores, cómplices o encubridores del hecho ilícito, pero no habrían engañado a nadie con el objeto de obtener el consentimiento, el cual fue dado voluntariamente por otros coautores del hecho ilícito. Ni hubo engaño ni hubo intención de obtener consentimiento alguno. Por consiguiente, resulta inaplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1458 del Código Civil.

¹⁷ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, página 490.

15. POSIBILIDAD DE QUE LOS SOCIOS O ACCIONISTAS PERSIGAN PARA LA SOCIEDAD LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS CORRESPONDIENTE

Existe a este respecto una postura mayoritariamente aceptada, según la cual las personas portadoras de la calidad de órgano son solamente responsables ante la persona jurídica y no ante sus socios o accionistas. Es la persona jurídica –se dice– la que precisamente juzga la responsabilidad de los administradores por medio de la asamblea, y es, por tanto, la mayoría de esta la que determinará el ejercicio de la acción de responsabilidad confiando después su ejercicio a quien crea más oportuno. Queda así excluido categóricamente –se dice–, que la acción de responsabilidad contra los administradores pueda ser hecha valer por el socio singular o por una minoría de ellos.

Podrá sostenerse que el daño o perjuicio social se extiende directamente al socio o accionista desde el momento mismo en que se da principio a la ejecución del contrato celebrado con infracción a lo dispuesto en el art. 89, pues se refleja directamente en su propio patrimonio, atendido que el valor de las acciones o derechos que poseen en la sociedad está directamente relacionado con el valor del patrimonio de la entidad a la que pertenecen. Pero como se ha dicho, “ese daño que sufren los socios es el mismo daño sufrido por la agrupación. No alcanza al socio, sino como parte de la agrupación y en proporción a su parte. El socio no padece como individuo, sino como fracción del grupo. El perjuicio social no afecta, pues, individualmente a los socios; no alcanza sino a través de la agrupación, como miembros de esa colectividad. Teóricamente, no cabe ya darles una acción... La persona moral se interpone entre los socios y el autor de la culpa; aquella constituye un obstáculo infranqueable para las acciones individuales de los socios”¹⁸.

Los argumentos dados por Henri Leon y Jean Mazeaud resultan, a nuestro juicio, equivocados en su última parte. Esto de que la persona moral se interponga entre los socios y el autor de la culpa; y que aquella constituya un obstáculo infranqueable para las acciones individuales de los socios, no nos parece un argumento en contra de la posibilidad de permitirle a los socios o accionistas que demanden a los administradores sino, por el contrario, uno a favor: precisamente porque se interpone la forma de la persona jurídica de una manera que impide a los socios o miembros de esa persona jurídica ejercer los derechos que el orden jurídico les franquea, es que hay suficiente argumento para desplazar la forma de la persona jurídica, según hemos visto en capítulos anteriores.

Nosotros pensamos que no es la forma de la persona jurídica la que se interpone en contra de la posibilidad que los accionistas o socios de una persona jurídica puedan interponer acciones en contra de los administradores sino que es simplemente el principio mayoritario, o sea, el contrato social. El principio mayoritario consiste en que la voluntad de la persona jurídica es la voluntad de la mayoría de los miembros de la asamblea con derecho a voto. Los socios o accionistas de la misma se obligaron a respetarlo, esto es, a respetar que la voluntad de la persona jurídica sea la voluntad de la mayoría. Es esto lo que impide a los socios o accionistas de la persona jurídica demandar por sí mismos a la administración, puesto que la que determina si proceden o no proceden las acciones en contra de ellos es la propia persona que ha sufrido el daño y no aquellos que lo han sufrido a consecuencia de que sufrió el daño la persona jurídica. Es la colectividad la que decide conforme a las estipulaciones que se han dado los socios en los estatutos, es decir, sobre la base del principio mayoritario.

Tal como se dirá más adelante, cuando tratemos las infracciones al contrato social que se pueden cometer en el ejercicio del derecho a voto, los socios o accionistas, sean o no controladores, y especialmente estos últimos, no pueden ejercer el principio mayoritario de modo que se perjudiquen los derechos de la sociedad o el de los demás accionistas, si existiere al efecto un conflicto entre sus intereses y los de la sociedad y el de los demás accionistas. El artículo 30 de la Ley 18.046, dice expresamente que “los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas”.

¹⁸ Henri y Leon Mazeaud y Andre Tunc, op. cit., p. 470.

Este principio, recogido especialmente en la ley de sociedades anónimas, no es más que la aplicación práctica de aquel contenido en el artículo 1546 del Código Civil, que obliga a cumplir los contratos de buena fe, de forma que no solo obligan a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación.

Esto significa que los socios o accionistas, sean o no controladores, y especialmente estos últimos, si se opusieron sin razón alguna a demandar a los controladores, infringirían el contrato de sociedad, fundamentalmente porque le causarían un daño a la sociedad si se impidiera a la misma resarcirse de un perjuicio mediante la interposición de las acciones pertinentes.

De esta forma, por regla general, los miembros de una persona jurídica no tienen acción en contra de los portadores de la calidad de órgano administrador de la persona jurídica, a menos que se haya decidido por la asamblea de miembros no ejercer las acciones en contra de la administración, esto es, ejerciéndose el principio mayoritario, y los que hayan votado por no ejercer las acciones lo hayan hecho existiendo un conflicto entre sus derechos y los de la sociedad y el de los demás accionistas causándose con ello un perjuicio a los intereses de estos o de aquella, pues, en tal caso, se estarían incumpliendo las obligaciones instrumentales de respeto al derecho ajeno impuestas por el contrato de sociedad en virtud de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, en cuyo caso existiría un incumplimiento de las obligaciones de dicho contrato, por parte de los socios mayoritarios que, por lo mismo, estarían usando sus estipulaciones y concretamente el principio mayoritario con el objeto de dejar en la impunidad la conducta indebida de los administradores de la sociedad, lo que haría que el incumplimiento de los accionistas que hubieren votado impidiendo a la sociedad accionar en contra de los administradores consumare el perjuicio a la sociedad y, por ende, serían esos accionistas lo que tendrían que pagar el daño causado por los administradores de la misma, atendido el uso indebido que habrían hecho de las estipulaciones del contrato de sociedad, concretamente del principio mayoritario.

En todo caso, se debe hacer presente que el artículo 133 bis de la Ley 18.046 dispone lo siguiente: "Toda pérdida irrogada al patrimonio de la sociedad como consecuencia de una infracción a esta ley, su reglamento, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia, dará derecho a un accionista o grupo de accionistas que representen, a lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad o a cualquiera de los directores de la sociedad, a demandar la indemnización de perjuicios a quien correspondiere, en nombre y beneficio de la sociedad".

Se podría creer que esta disposición vino a dilucidar la cuestión debatida reconociendo la acción de los accionistas individuales en contra de cualquiera que le haya causado un perjuicio a la sociedad, pero estableciendo un requisito especial consistente en exigirse que la acción se intente porque quien o quienes detenten la propiedad de al menos el 5% de las acciones de la compañía.

Tal creencia resulta sin embargo no completamente exacta, pues si bien nuestra legislación les otorga una acción a los accionistas, cumpliéndose los requisitos que ella contempla, les niega la misma acción a los accionistas si no reúnen el 5% de las acciones de la compañía. ¿Quiere decir esto que los accionistas que no cumplen este requisito, carecen de acción para demandar a sus socios por haber impedido que se intentaren las acciones legales en contra de los administradores, utilizando para ello el principio mayoritario? Desde luego que no. Si la Justicia considera que estos le causaron un daño a la sociedad por haber impedido que se intentaran las acciones, habrían ejercido el principio mayoritario perjudicando los derechos de la sociedad y, a través de ella, los de los accionistas minoritarios.

Cualquiera interpretación contraria a la mencionada haría que el texto del artículo 133 bis antes citado fuera contrario a las normas constitucionales que garantizan el derecho de dominio, por cuanto perturbaría el derecho de propiedad de los accionistas sobre sus derechos personales derivados del contrato de sociedad, al obligarlos a juntarse con otros accionistas hasta reunir, por lo menos, un 5% de las acciones emitidas por la sociedad, para interponer una acción que, antes de la dictación de esa ley, podían interponer solos.

La acción podría intentarse en contra de los accionistas que impidieron perseguir a los administradores por el total de los perjuicios sufridos por la sociedad y por el total de los perjuicios individuales sufridos por el accionista que la hubiere intentado y, si ellos todavía no han llegado a producirse, porque no se ha dado principio a la ejecución del contrato contrario al artículo 44 y 89 de la Ley 18.046, podrán intentar la acción derivada del daño contingente, consagrada en el art. 2333 del Código Civil.

16. EL PERJUICIO DE LOS SOCIOS O ACCIONISTAS Y LAS ACCIONES DE QUE DISPONEN

Como puede observarse, la acción de que dispone la sociedad contra sus administradores no ampara el derecho de los socios o accionistas. En efecto, el interés de estos últimos es, también, que se le indemnicen los perjuicios que ellos sufrieron a consecuencia del acto celebrado, y que pueden ser muy distintos a los que padeció la sociedad. Piénsese, por ejemplo, el caso de un accionista que tenía prendada sus acciones en favor de un banco que, al conocer la disminución de valor que experimentaron las acciones con motivo de la operación celebrada con infracción a lo dispuesto en el artículo 89, declara, por tal motivo, la caducidad del plazo de la deuda y exige de inmediato el pago total de la misma.

Los accionistas gozan de lo que en doctrina se conoce como "acción individual", en contraposición a la "acción social" que corresponde a la sociedad y en nuestra opinión también a los accionistas, y que se dirige en contra de los administradores y los demás autores, cómplices o encubridores del hecho ilícito, a fin de que respondan por el hecho de haber disminuido irregularmente los activos de la misma. Esta acción individual, por el contrario, pretende o persigue la reparación del daño personal que se haya causado al accionista con la operación.

Sobre este daño individual o personal que sufren los accionistas, se señala por la doctrina que "no es el mismo perjuicio el que origina, a la vez, la acción social y la acción individual. Las dos acciones no coexisten más que si se han causado dos perjuicios distintos, el uno social y el otro individual. Se concluye que "el perjuicio social no permite sino el ejercicio de una acción social; y no, a la par, el de una acción social y el de una acción individual"¹⁹.

Nadie ha discutido nunca la procedencia de la acción para indemnizar el daño individual sufrido por los accionistas. En nuestra opinión, la acción es procedente, siempre que los perjuicios no sean indirectos, esto es, el vínculo de causalidad se encuentre plenamente acreditado.

17. EL PERJUICIO DE LOS TERCEROS Y LAS ACCIONES DE QUE DISPONEN

La verdad es que las obligaciones del órgano administrador para con terceros, surgen de la aplicación de las normas generales contenidas en el derecho común y aquellas especiales que prevengan las leyes que rijan a una determinada especie de persona jurídica. Fuera de dichas normas, los administradores no tienen más obligaciones con terceros que las que tiene cualquier persona.

En el caso de actos o contratos celebrados con infracción a los artículos 44 y 89 de la Ley 18.046, los únicos terceros a quienes se les podría haber causado un daño son los acreedores de la sociedad.

El interés de los acreedores es únicamente el que se les paguen sus acreencias y el monto del patrimonio de la deudora les puede resultar indiferente mientras pueda cubrir sus obligaciones. Esto quiere decir que, aunque el acto o contrato cause perjuicio a la sociedad deudora, es muy probable que no le cause perjuicio a los acreedores, pues aun con dichos actos, no existe peligro para el pago de las deudas. Además, aun en el evento que la deudora cayera en quiebra, para que dichos acreedores pudieran solicitar indemnización de perjuicios, sería

¹⁹ Henri y Leon Mazeaud y Andre Tunc. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil. Tomo Segundo, Vol. 2, p. 474.

menester que probaran que el mal estado de los negocios se debió directamente a los actos o contratos celebrados con infracción a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 18.046, pues, de lo contrario, no habría relación de causalidad entre la culpa o el dolo y los perjuicios sufridos.

Todo lo anterior es cierto, salvo que el monto del patrimonio del deudor sea indiferente a los acreedores mientras les alcance para pagar sus obligaciones. En ocasiones, el monto de la garantía general prendaria del deudor es relevante para sus acreedores, pues de ella depende el valor de sus créditos. Si la cotización de los mismos ha bajado producto que han disminuido las fuerzas del patrimonio del deudor, se ha causado un daño a los acreedores que debe ser indemnizado, ya por la persona jurídica, ya por sus administradores.

18. LOS ADMINISTRADORES RESPONDEN CONFORME AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

El último inciso del artículo 44 de la Ley 18.046 es claro en el sentido de establecer la responsabilidad de los administradores de la sociedad al disponer que la infracción al mencionado artículo hace que surja para la sociedad, los accionistas y terceros interesados el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados y a pedir el reembolso a la sociedad por el director interesado, de una suma equivalente a los beneficios que a él, a sus parientes o a sus representados les hubiera reportado dichas negociaciones.

Por su parte el artículo 89 de la Ley 18.046 establece que los administradores de las sociedades matrices y coligadas y de las personas relacionadas que hayan celebrado actos sin observar condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, "serán responsables de los perjuicios que pudieren causar a las sociedades que administren".

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.284 del Código Civil, "las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito".

Las referidas obligaciones no provienen de un hecho voluntario de una de las partes sea culpable o doloso, pues dichas obligaciones son impuestas al directorio de una sociedad anónima y a sus personas relacionadas antes de cualquier hecho voluntario de los mismos, aunque es cierto, por otra parte, que lo que se encuentra detrás de las normas es un hecho ilícito consistente en enriquecerse a costa ajena injustamente o sin causa y, por ende, aun sin la existencia de dichas normas el hecho sería voluntario e ilícito, cometido según fuere el caso con o sin la intención de dañar, con lo que sí sería un delito o cuasidelito.

Las obligaciones impuestas por el artículo 44 de la Ley 18.046 no pueden ser calificadas de obligaciones "contractuales", puesto que la ley pretende proteger a los accionistas de dicha sociedad, a la propia sociedad y a terceros interesados; y resulta obvio que no existe relación contractual entre los accionistas de la sociedad y sus directores, y menos la puede haber entre el directorio y los terceros interesados. Tampoco es válido sostener que existe una relación contractual entre los directores o "el directorio" y la sociedad, pues no puede haber relación contractual entre una parte de la entidad jurídica y la entidad jurídica propiamente tal²⁰. Lo que sí existe es una relación "orgánica". Es obvio, entonces, que dichas obligaciones no provienen del contrato de sociedad, así como de ningún otro contrato. Sostener que existe una relación contractual entre la sociedad y los directores trae aparejada consecuencias que no pueden ser aceptadas ni desde un punto de vista

²⁰ Concha Gutiérrez Carlos: "Responsabilidad Civil del Empresario. Facultad de Derecho Universidad de los Andes: Federico McKay Alliende, editor Cuadernos de Extensión 1996: "Responsabilidad Civil de los Directores de Sociedades Anónimas", p. 49, sostiene que "entre los autores contemporáneos existe prácticamente unanimidad en el sentido de que, a pesar de la derogación de la regla que establecía que entre directores y sociedad había un mandato, se sigue pensando que entre ambos existe un contrato de prestación de servicios, en el que si bien la designación del prestador de servicios —el director— es efectuada por la junta de accionistas, en definitiva cuando este acepta, se configura un vínculo jurídico entre la sociedad y el director, similar al del mandato, cuya infracción produce responsabilidad contractual".

teórico ni desde un punto de vista práctico. Si hay, como se sostiene, un contrato de prestación de servicios, el prestador debe cumplir las instrucciones del que los encarga, que en este caso sería la sociedad. Si en esta materia, la voluntad de la sociedad estaría representada por la junta de accionistas, esta podría darle órdenes al directorio, quien las debería cumplir en virtud del contrato respectivo, lo que es falso, porque un órgano de la sociedad no puede darle órdenes al otro. Por otra parte, como la voluntad de la junta funciona conforme al principio mayoritario, los verdaderos mandantes o principales de los directores no serían otros que los controladores, todo lo cual se opone al principio de que la sociedad es administrada por un directorio.

En nuestra opinión, el artículo 44 de la Ley 18.046 contiene e impone obligaciones "legales". Con eso basta para definir la fuente de las obligaciones del directorio, sin comprometer su naturaleza y la función que cumple dentro de la sociedad.

Pero aunque sea una obligación legal, es obvio también que el régimen jurídico al que debe someterse su infracción y la obligación de reparar los perjuicios que de ella se deriven, debe quedar sometido a las normas contenidas en el Título XXXV del Libro IV del Código Civil. Ello es así, por los siguientes motivos: (a) Porque no es racional aplicar las reglas establecidas para regular obligaciones que se contraen voluntariamente, a las obligaciones que se contraen contra la voluntad o en ausencia de voluntad, esto es, por la ley; (b) Porque tampoco es racional y prudente dar a las obligaciones legales, a disposiciones que, como en el presente caso, tienen el carácter de normas de "orden público" y que no pueden renunciarse, el mismo valor que aquellas obligaciones que nacen de la voluntad, que son plenamente renunciables y que no miran el interés general de la sociedad; y (c) porque nuestro Código Civil tuvo su inspiración en el Código Civil francés, y constituye para la doctrina francesa una realidad, que las obligaciones legales se someten al régimen de la responsabilidad extracontractual²¹.

19. SI LOS TERCEROS ERAN SOCIOS O ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD RESPONDEN CONFORME AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Como se ha dicho precedentemente, si los terceros con quienes la sociedad habría celebrado los actos y contratos son accionistas controladores de la sociedad anónima que se vio perjudicada con ellos, o son personas relacionados al tercero que celebró el acto por pertenecer a un mismo "grupo empresarial", se habría incumplido el contrato de sociedad, porque se habría utilizado la influencia que como accionista le corresponde respecto a la sociedad para infringir el artículo 89 de la ley de sociedades anónimas.

Se trataría de una responsabilidad contractual, puesto que de lo que se les acusaría a dichos accionistas, sería la infracción de una de las obligaciones del contrato de sociedad.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1557, por tratarse de una obligación de no hacer, se deben perjuicios desde el momento de la contravención.

Finalmente, si los accionistas con quienes hubiere contratado la sociedad fueren dos o más personas, todas ellas habrían sido coautores de un incumplimiento grave del contrato de sociedad o habrían sido autores respecto al incumplimiento que los beneficiaba a ellos y cómplices respecto del incumplimiento que beneficiaba a los otros incumplidores. Dado lo anterior, resulta indiscutible que ya fuere como autores y cómplices, respectivamente, serían todos responsables u obligados al pago del total de los perjuicios. En otras palabras, la obligación, en este caso, sería *in solidum*, puesto que se produciría en este caso lo que sostiene Mazeaud: "La obligación *in solidum* se justifica en la especie, sin que ambos coautores sean responsables delictualmente, por el solo hecho de que cada uno de ellos está obligado, por su situación personal, a reparar todo el perjuicio causado"²².

²¹ En el mismo sentido Rodríguez Grez, Pablo: Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 51 a 60.

²² MAZEAUD-TUNC, "Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo Primero Volumen Primero, p. 199. Es más, para muchos, la responsabilidad del cómplice (directores) es delictual por lo que la responsabilidad del autor principal cambia de carácter y se convierte asimismo en delictual.

En contra de esta opinión se manifiesta una parte de la doctrina que señala fundamentalmente que el abuso del derecho, que se sostiene que podría ser el caso en análisis, da lugar a la responsabilidad extracontractual, pues la víctima alega que el perjuicio se produjo con motivo del cumplimiento del mismo y no por el cumplimiento del contrato. En otras palabras, se sostiene que el abuso supone necesariamente el cumplimiento de las obligaciones y que el contratante, lejos de estar violando el contrato, lo está cumpliendo, si bien en forma abusiva^{23, 24}.

No nos parece acertada esta opinión. El mismo Alessandri²⁵, partidario de esta teoría, sostiene que el abuso del derecho en materia contractual tiene plena cabida, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe. Si se trata de un cumplimiento abusivo del contrato, se trata de una ejecución contraria a lo previsto en el contrato y, por ende, de un incumplimiento contractual. No vemos cómo podría haber abuso del derecho sin incumplimiento. Nuestra opinión es plenamente compartida por otra parte de la doctrina²⁶ que afirma que el abuso del derecho engendra una culpa contractual cuando se produce en el cumplimiento, en la interpretación o en la rescisión de un contrato.

OTRAS SOCIEDADES QUE NO SEAN ANÓNIMAS

20. LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 30, 44 Y 89 DE LA LEY 18.046 SE APLICAN A TODAS LAS SOCIEDADES

Lo dicho en los párrafos precedentes se aplica, casi en su integridad, a todas las demás sociedades existentes. No hay que tener mucha imaginación para darse cuenta que, si como afirmamos precedentemente, es cierto que el fundamento de lo dispuesto en los artículos 44 y 89 de la Ley 18.046, es el cumplimiento de los contratos celebrados, es obvio que lo mismo que se dice respecto de las sociedades anónimas debe decirse, también, respecto de las otras sociedades, pues no se ve por qué el cumplimiento del contrato de sociedad anónima vaya ser relevante para el derecho y no así el cumplimiento de los demás contratos de sociedad. Por igual razón, los contratos celebrados con una sociedad anónima tienen para el derecho la misma importancia que los contratos celebrados con otras sociedades. Todos ellos se deben cumplir por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1545 y 1546 del Código Civil y, por consiguiente, ningún socio o acreedor puede ser defraudado en algún crédito que tenga en contra de una sociedad que no sea anónima, porque el estatuto que las regla no contiene una disposición expresa como la que contienen los artículos 44 y 89 de la Ley 18.046, precisamente porque, como se ha dicho, estos artículos contienen principios que ya existían en nuestro ordenamiento jurídico mucho antes de la dictación de la propia ley de sociedades anónimas.

Los artículos 44 y 89 de la ley de sociedades anónimas contienen una norma de lógica elemental, enteramente aplicable al caso de otras sociedades distintas a las anónimas, pues solamente prescriben que, las condiciones de los contratos que celebre la sociedad con personas que tengan influencia en las decisiones que ella adopta, esto es, en la formación de su voluntad colectiva, deben ser equitativas y similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Y si existiere alguna duda al respecto, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 22 del Código Civil dispone que, los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

²³ Alessandri Arturo, "De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno, Imprenta Universitaria, 1943, número 178, página 270.

²⁴ En general, la jurisprudencia francesa –aunque no así la doctrina– ha partido de la base que se trata de una responsabilidad extracontractual por la misma razón que se ha dado en orden a que el perjuicio no es causado por el incumplimiento del contrato, sino por su cumplimiento.

²⁵ Idem número 178.

²⁶ Entre ellos, Mazeaud, Tunc, Hubert de la Massue y otros citados por Mazeaud, obra citada, página 245.

Estos principios están conformados por lo dispuesto en los ya citados artículos 1545 y 1546 del Código Civil. El contrato de sociedad es una ley para las partes y debe cumplirse de buena fe. Es obvio entonces que, siendo el contrato de sociedad, un contrato por el cual dos o más personas estipulan poner algo en común para repartirse las utilidades que de ello provengan, resulta de la naturaleza de dicho contrato, y de las obligaciones que de él emanan, que no procede bajo respecto alguno que uno de los socios o accionistas, directa o indirectamente, obtenga para sí o para terceros relacionados con él, una utilidad por la vía de subir o bajar artificialmente el precio de una transacción, extrayendo así un beneficio de la sociedad que, de obtenerlo por la vía del reparto de utilidades, tendría que repartirla entre sus demás socios o accionistas, conforme a la proporción establecida en el propio contrato para el reparto de las mismas.

Por otra parte, si los que ejecutaron los actos contrarios a los principios antes mencionados, no eran socios de la sociedad sino meros administradores, habrían infringido el contrato por el cual actúan como tales, que por lo general será un contrato de mandato. Para este caso, el artículo 271 del Código de Comercio establece expresamente que “Se prohíbe al comisionista, salvo el caso de autorización formal, hacer contratos por cuenta de los comitentes o por cuenta propia o ajena, siempre que para celebrarlos tenga que representar intereses incompatibles”. De manera, entonces, que, para el caso en cuestión, el tema se encuentra expresamente tratado, porque el artículo 271 antes citado no solo se refiere a la autocontratación, sino utiliza una expresión general como la de “representar intereses incompatibles”, que es más amplia que la sola representación, pues incluye situaciones en las que, aun sin que exista tal figura, no puede intervenir el mandatario. En estos casos, el acto no es nulo sino oponible a la sociedad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2160 del Código Civil.

Es la misma conclusión a la que llegaban quienes han tratado el problema de la autocontratación. El mandatario que compró para sí los bienes que su mandante le había encomendado vender, incumplió el contrato de mandato²⁷. Por lo mismo, los socios que, valiéndose del poder de administrar la sociedad, celebraron actos con la sociedad existiendo un conflicto de intereses actual o potencial, violan o incumplen el contrato de sociedad.

Por su parte, los terceros que contrataron con una sociedad, cualquiera que sea su naturaleza, y que, en virtud de dichos contratos resultaron acreedores de la misma, confiaron que la garantía para el cumplimiento de las obligaciones constituida por el patrimonio de la sociedad iba a ser bien administrado o, por lo menos, administrado de forma que no se le iba a hacer disminuir en una forma contraria a la buena fe. De esta manera, si quienes administran la sociedad ejecutaron o celebraron actos o contratos con ella de manera tal que perjudicaron el derecho de prenda general, violaron también el contrato que se celebró con dichos terceros, aun cuando las fuerzas del patrimonio social sean, después de ejecutados dichos actos contrarios a la buena fe, suficientes para pagar las obligaciones generadas por ellos, pues lo que se sanciona es la disminución del derecho de prenda general del acreedor y no el incumplimiento que, de por sí, tiene una sanción especial.

Todo lo demás que se ha dicho respecto a los efectos de dichos actos, como las ineficacias por nulidad y la resolución del vínculo jurídico que une a un accionista con la sociedad y con los demás accionistas, es enteramente aplicable a las demás sociedades, pues esos efectos resultan de la aplicación de las normas de derecho común que se han mencionado y no por aplicación de la ley de sociedades anónimas.

A lo sumo, podrá ser más discutible la resolución del vínculo de socio en el caso de sociedades de personas, pues ella podría aparejar la resolución entera del contrato de sociedad, por ser la persona de los socios una razón esencial de la contratación. Pero, si así fuera, ello no significa que los principios expuestos no fueron aplicables sino, por el contrario, que fueron aplicados en mayor grado.

²⁷ Alessandri Arturo, obra citada, página 47; Stitchkin David, obra citada, página 297.

SECCIÓN SEGUNDA

CUESTIONES QUE DEBAN RESOLVERSE ENTRE LOS ACCIONISTAS Y ENTRE ESTOS Y LA SOCIEDAD SOBRE LA BASE DEL PRINCIPIO MAYORITARIO.

21. SOBRE EL CONCEPTO DE CONTROL Y DE CONTROLADORES

Conforme a lo dispuesto por el artículo 97 de la ley sobre Mercado de Valores, “es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones: a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad”.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 99 de la ley sobre Mercado de Valores, “influye decisivamente en la administración o en la gestión de una sociedad toda persona, o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, controla al menos el 25% del capital con derecho a voto de la sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones, con las siguientes excepciones: a) Que exista otra persona, u otro grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta, que controle directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, un porcentaje igual o mayor; b) Que no controle directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas más del 40% del capital con derecho a voto de la sociedad, o del capital de ella si no se tratare de una sociedad por acciones, y que simultáneamente el porcentaje controlado sea inferior a la suma de las participaciones de los demás socios o accionistas con más de un 5% de dicho capital. Para determinar el porcentaje en que participan dichos socios o accionistas, se deberá sumar el que posean por sí solos con el de aquellos con quienes tengan acuerdo de actuación conjunta; c) Cuando así lo determine la Superintendencia en consideración a la distribución y dispersión de la propiedad de la sociedad”.

Por consiguiente, quien puede hacer lo que las referidas disposiciones dicen, tiene el “control” de la sociedad y se llama “controlador”.

22. LAS VERDADERAS INTERROGANTES JURÍDICAS RESPECTO AL CONTROL DE UNA SOCIEDAD

Existe en nuestra literatura sobre el control, una suerte de tendencia a confundir los aspectos económicos del tema con sus aspectos jurídicos. Nosotros queremos ser rigurosos. Los aspectos económicos de la cuestión del control deben considerarse necesariamente para regular esta materia, pero no son temas que debamos discutir como expertos en derecho. Para nosotros, el tema del control es principalmente un tema jurídico que incide en cuestiones económicas y no a revés. Si quisiéramos dar una opinión como expertos en materias que dicen relación con los problemas económicos del control deberíamos haber estudiado economía y no derecho.

Los problemas jurídicos relevantes relativos al control tampoco dicen relación, como pudiera creerse a primera vista, con los aspectos procesales de una oferta pública de acciones (OPA), como, por ejemplo, el plazo de duración de la OPA, o cuántas publicaciones deben hacerse, o qué pasa con las adquisiciones de acciones objeto de la OPA hechas por el oferente inmediatamente antes o inmediatamente después del inicio o del término del período de duración de la OPA, etc. Estas cuestiones, si bien pueden ser jurídicas, en el fondo dependen de la aplicación de ciertos principios generales del derecho que deban aplicarse en relación con el tema del control, y respecto de los cuales los expertos en derecho deben ponerse de acuerdo.

Lo jurídicamente relevante dice relación con los problemas que genera el control en relación con el contrato de sociedad y su cumplimiento, en relación con el derecho de propie-

dad y su respeto, en relación con la confianza del público en general y la fe pública, en relación con la estabilidad de los derechos adquiridos y la seguridad jurídica.

Una postura clara respecto a estos asuntos generará los incentivos correctos para que los agentes económicos tomen las decisiones económicamente más rentables precisamente porque la generación de riqueza no pasa por el perjuicio de los intereses de otros.

23. EN ALGUNAS DECISIONES, EL CONTROLADOR RESUELVE CON CONFLICTO DE INTERESES

Los intereses del accionista controlador no se identifican totalmente con los intereses de accionistas minoritarios, fundamentalmente porque los distintos parámetros que se utilizan para determinar el valor de las participaciones sociales de ambos, inciden de distinta manera sobre los accionistas minoritarios que sobre los accionistas mayoritarios y, en ocasiones, de manera contrapuesta, según se verá. Aparte de la valorización de los negocios sociales, los parámetros que se utilizan para determinar el valor de las acciones son fundamentalmente tres, a saber: los dividendos que generan las acciones; el grado de concentración de la propiedad; y el grado de profundidad de las acciones.

De los tres parámetros mencionados, dos dependen del comportamiento del accionista controlador; y uno del mercado, pero este último afecta negativamente más a los controladores que a los minoritarios, según se verá. El monto de los dividendos que generan las acciones depende fundamentalmente de la voluntad del controlador, pues es este el que a la postre define el monto de los dividendos que se distribuirán. El grado de concentración de la propiedad es una variable que afecta solamente a los accionistas minoritarios, pero los afecta negativamente porque es una constante que a mayor grado de concentración menor es la defensa de los inversionistas frente a las decisiones del controlador. Finalmente, la menor profundidad de las acciones en el mercado tiende a hacer ilíquida la inversión de los accionistas minoritarios, pero si la inversión de estos es ilíquida, la inversión de los controladores es mucho más, precisamente porque el mercado de estos últimos es siempre más reducido que el de los primeros.

El horizonte de los negocios de controladores y minoritarios es tan disímil como que el controlador ha emprendido una actividad y los minoritarios han hecho una inversión. Como todo inversionista, los intereses de los minoritarios se identifican con un aumento del valor de las acciones de la compañía y del monto de sus dividendos, en circunstancias que los del controlador dicen relación con la estrategia global que le asigna a la Compañía dentro de la esfera de sus negocios. La rentabilidad de las participaciones de los accionistas y, por ende, el valor de las acciones de la compañía no es una prioridad del accionista controlador, pues ninguna de las variables que inciden en el precio de las acciones de los minoritarios le afectan negativamente a los controladores, por lo que ni su paquete accionario se fija con los mismos parámetros que el valor de las acciones de una compañía en bolsa ni la venta del paquete controlador se efectúa por esta vía. Así por ejemplo, para un interesado en el paquete controlador, la existencia de una política de dividendos restrictiva es absolutamente irrelevante en la determinación del precio de compra del paquete, pues, si lo compra, puede cambiar la política de dividendos de la compañía cuando quiera. Por el contrario, es difícil pensar que si el accionista controlador se encuentra en una situación de iliquidez vaya a fijar o aceptar que se fije una política de dividendos que privilegie las inversiones de la compañía a mediano o largo plazo. Simplemente acomodará el flujo de sus dividendos a sus requerimientos de dinero en el corto plazo. En otras palabras, si el valor de las acciones en el mercado o la rentabilidad de esa inversión se contraponen a los intereses de los controladores, estos no tardarán en sacrificar estos objetivos a sus necesidades. En cambio, para un inversionista en acciones, la rentabilidad de su inversión y el valor de mercado de la acción son esenciales.

Hemos dicho que los intereses del controlador dicen relación con la estrategia global que le asigna a la Compañía dentro de la esfera de sus negocios. Lo mismo que se dice respecto a la política de dividendos puede decirse, en general, respecto al manejo de los negocios sociales. Si la Compañía tenía por objeto la realización de un negocio determinado, y dispo-

nía de una enorme caja derivada de las utilidades generadas por dicho negocio, el controlador puede perfectamente decidir invertir dicha caja en un negocio distinto y no repartirla entre los accionistas, todo ello para ampliar la esfera de sus negocios particulares. Los accionistas minoritarios pueden haber preferido continuar con el negocio tradicional que, como inversión, le habría dado excelentes resultados si se hubiere repartido la caja, tanto en cuanto a tasa de rentabilidad como a valor de la misma.

Pero lo que se debe hacer notar a este respecto es que mientras en el caso de los minoritarios el valor de las acciones es casi enteramente influido por las decisiones del controlador, en el caso de estos últimos, el valor de su inversión es enteramente determinada por el mercado, el que discrimina, como es obvio, en cuanto a si los derechos de los minoritarios son o no respetados por el controlador y en qué medida. Así, mientras más déspota sea el controlador en cuanto a las decisiones que afectan al valor de las acciones de los minoritarios y su rentabilidad, más sube el valor de su paquete accionario, porque siendo el valor de los activos sociales una constante, si bajan las acciones de los minoritarios es porque sube el valor de las acciones del controlador²⁸.

Se produce así una cuestión singular, la misma que en la figura de la autocontratación: una persona o grupo de personas que tienen un interés determinado que defender, representan, a su vez, a otro grupo de personas que tienen un interés contradictorio con el primero; y no obstante ello, el llamado a resolver este choque de intereses, tanto en el caso de la autocontratación como en el de la sociedad, es la misma persona que defiende ese interés contrapuesto. Hay en el fondo un conflicto de intereses en las decisiones del controlador que debe resolverse conforme a los mismos criterios expuestos en la sección precedente, esto es, sobre la base del estatuto que une a minoritarios con controladores, a saber, el contrato de sociedad.

24. DE DÓNDE SURGE EL CONTROL, SUS LIMITACIONES Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

El control surge de lo estipulado en los estatutos sociales y en la ley. Surge del principio mayoritario según el cual la voluntad de la persona jurídica es la voluntad de la mayoría de los miembros que portan la calidad de órgano de una persona jurídica, calculada en la forma establecida por la ley y los estatutos. Este principio tiene diversas alternativas que resultan de la combinación de dos factores: por una parte, el tipo de mayoría (simple, absoluta o especial) exigida y, por otra parte, el universo que se utilice para determinar esa mayoría (todos los miembros que tengan voto deliberativo, su capital pagado o una combinación de ambos). Todo eso se pacta en los estatutos o se encuentra previsto en la ley.

De esta manera, el que tiene el control de la entidad lo tiene porque detenta la mayoría de los votos que determinan la voluntad de una persona jurídica y, los que no disponen de esa mayoría, están obligados a respetar la voluntad del controlador en virtud de los estatutos y de la ley, en otras palabras, en virtud del contrato de sociedad.

Pero la voluntad de la mayoría, calculada en la forma prevista en el contrato social, no puede ser, como que no es, una voluntad sin control, capaz para ejecutar cualquier acción en el ámbito social, así como tampoco una voluntad que carezca de toda responsabilidad frente a la determinación de sus actos. Eso es contrario al orden jurídico y debe ser rechazado por ilegal. Ninguna persona o agrupación de personas puede encontrarse al margen de la responsabilidad que generan sus actos.

Lo dicho significa en la práctica que el controlador no puede ejercer el principio mayoritario de modo que se perjudiquen los derechos de la sociedad y los de los accionistas minoritarios.

²⁸ Esta conclusión es compartida por Pfeffer Urquiaga, Francisco: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 1, página 126 quien sostiene lo siguiente: "Dado que el valor de una acción corresponde al valor presente de los beneficios que ella genera, el premio por el control debe ser consecuencia de que los accionistas controladores tienen acceso a flujos monetarios o beneficios no pecuniarios mayores que los percibidos por los accionistas minoritarios. De esto se sigue –agrega– que los beneficios diferenciados pueden corresponder a una expropiación de la riqueza de los accionistas minoritarios."

25. EL CONTROLADOR INFRINGE DEL CONTRATO DE SOCIEDAD SI,
HABIENDO CONFLICTO DE INTERESES, EJERCE EL PRINCIPIO MAYORITARIO
PERJUDICANDO EL DERECHO DE LOS DEMÁS ACCIONISTAS

Que el controlador no pueda ejercer el principio mayoritario de modo que perjudique el derecho de los demás accionistas y el de la sociedad, se deriva en forma expresa y directa del artículo 30 de la Ley 18.046, que dice: "los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas".

El ejercicio de los derechos sociales, entre ellos el derecho a voto y su consecuencia constituida por el principio mayoritario, tiene necesariamente un límite, cual, es el derecho de los demás accionistas y el de la sociedad. Quien no respete el derecho de los demás, infringe los estatutos sociales, porque esta norma del artículo 30 se entiende incorporada a los mismos en virtud de lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley 18.046. Es una norma incluida, por lo demás, en toda relación jurídica, pues el derecho de dominio, que es el derecho subjetivo por excelencia, y que se ejerce sobre los derechos que emanan del contrato de sociedad, por definición, no puede ejercerse contra derecho ajeno.

Por otra parte, la obligación de ejercer el derecho a voto respetando los derechos de los demás accionistas y los de la sociedad emana de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, que obliga a cumplir los contratos de buena fe, de forma que no solo obligan a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación²⁸. El objeto de la sociedad, conforme lo indica el artículo 2051 del Código Civil, es repartirse las utilidades que provengan del negocio social. Si solo se distribuye lo que convenga al controlador, no se está cumpliendo el contrato de sociedad, pues los socios o accionistas no se asociaron para repartirse solo una parte de las utilidades, sino que todas ellas, salvo las necesarias para continuar con el desarrollo del objeto de la sociedad.

El artículo 30 antes transcrito no establece ningún tipo de prioridad entre los distintos derechos de los accionistas y los de la sociedad. Todos se encuentran en un mismo pie de igualdad y, por ende, en caso de conflicto o choque de los intereses que protegen, ninguno prima sobre los demás. Ninguno es más importante que otro. Ambos tienen el mismo valor y protección ante el Derecho. Dicho lo anterior, se debe concluir que, en caso de choque entre los distintos derechos de los accionistas y los de la sociedad, este no puede resolverse sobre la base de la aplicación del principio mayoritario^{29 30 31}, pues, si aceptásemos la aplicación de

²⁹ La interpretación que la doctrina siempre ha hecho del principio por el cual la ejecución de los contratos debe hacerse de buena fe, que se encuentra por lo demás inserto en todas legislaciones civilizadas, consiste en considerar el alcance de la buena fe, predominantemente contractual, bajo tres aspectos que se diferencian entre sí del modo que a continuación se expresa: (a) En un primer aspecto, la buena fe lleva a ampliar las obligaciones de las partes integrándola con obligaciones instrumentales predominantemente de conservación y de respeto al derecho ajeno; (b) En segundo aspecto, la buena fe lleva a mitigar las obligaciones asumidas en un contrato transformándolas o incluso resolviéndolas según las circunstancias sobrevinientes; (c) En tercer término, la buena fe conduce a descubrir un abuso del derecho o a prevenir conductas contrarias al propio acto. En lo que toca al primer aspecto, que es el relevante para los fines de este trabajo, la buena fe es "esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte..." Concretamente, en las relaciones asociativas en sentido amplio y en el contrato de sociedad particularmente hablando, "la buena fe abraza todo cuanto sea necesario para alcanzar el objetivo común, y por lo tanto se potencia el deber de fidelidad". Véase sobre el particular, Betti Emilio: *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, Tomo I, p. 99 y siguientes.

³⁰ Incluso Ascarelli Tulio, "Sociedades y Asociaciones Comerciales", Eduar S.A. Editores, Buenos Aires, 1947, página 290, quien en un tiempo fue partidario de la teoría objetiva del derecho a voto, expresa que "el voto no puede ser ejercitado por aquel socio que se encuentra en conflicto de intereses con la sociedad, pues se desconocería en este caso la razón legislativa de la concesión del voto".

³¹ Pedrol Antonio: "La anónima actual y la Sindicación de Acciones", Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1969, página 128, expresa que "resulta inconcebible la aplicación del principio mayoritario si no existiera una comunidad de intereses en el tema concreto entre la mayoría y la minoría". Este mismo autor, cita en la página 278, referencia 297, una sentencia del Tribunal Supremo español que anula el acuerdo que facultaba al Consejo para una ampliación del capital social, porque dicho aumento no estaba inspirado en una racional necesidad del negocio, sino que en un propósito de abuso en perjuicio de la minoría.

este principio para solucionar el conflicto, se debería llegar a la conclusión que los derechos de los accionistas controladores priman por sobre los derechos de los minoritarios y los de la sociedad, lo que constituye algo absolutamente contrario a lo prevenido por la norma del artículo 30; y porque el supuesto o premisa que crearía esa interpretación, haría que el mismo artículo 30 careciera de sentido, porque si fuere el principio mayoritario la forma de resolver los conflictos suscitados por la colisión de los derechos entre los accionistas, el respeto a los mismos pasa a último lugar.

Por otra parte, si todos los derechos de los accionistas se encuentran en un pie de igualdad, quiere decir una de dos cosas: o que ninguno puede resultar dañado o que todos deben resultar dañados en la misma magnitud, cada uno en beneficio de los otros, lo que importa renuncia y transacción. Respeto a los derechos de los otros no necesariamente significa que los conflictos se solucionan sin perjuicio alguno para ninguna de las partes involucradas. Muy por el contrario, precisamente porque se respetan los derechos de los otros es que se renuncia al ejercicio de una parte de los propios. Es el principio de todo contrato oneroso conmutativo, el sacrificio que una de las partes hace se mira como equivalente al que esta otra parte hace en su favor; pero si no hay equivalencia, no hay respeto por el derecho del otro.

Lo dicho corresponde obviamente a una forma de explicar el problema suscitado. La otra, mayoritaria en la doctrina y que también compartimos, es sostener que los derechos de los accionistas se entienden que existen hasta donde perturban el derecho de los otros. En otras palabras, no es que en caso de conflicto deba operar una renuncia al derecho propio sino que, por el contrario, por el solo ministerio de la ley ese derecho deja de existir automáticamente.

Podría creerse, porque nos resultan expresiones más conocidas, que obra con culpa o dolo en la ejecución del contrato, quien ejercita sus derechos perjudicando los de las demás partes comprometidas en la relación jurídica. Así, parecería claro que el ejercicio de un derecho no impide, en modo alguno, la aplicación del criterio general de la culpa. La culpa sería en tal caso un error de conducta, que no cometería un individuo cuidadoso colocado en una situación de conflicto³². Lo dicho corresponde fundamentalmente a la teoría del abuso del derecho, que en los últimos tiempos se ha desentendido de posturas finalistas³³ y ha caído en la conclusión de que el abuso del derecho no es otra cosa que el ejercicio culpable o doloso del mismo. Sin embargo, el ejercicio descuidado debe descartarse como causal de infracción a las obligaciones que imponen los contratos por aplicación del artículo 1546, pues, por lo mismo que sería culpable, no se opondría a la buena fe y recibiría una sanción propia no por ser contrario a la misma, sino por haberse obrado con culpa en el cumplimiento de la obligación (artículo 1558 del Código Civil). Respecto al ejercicio doloso de un derecho sin que se satisfaga un interés, o sea, el ejercicio de un derecho por puro causar daño o, lo que es igual, el ejercicio sin conflicto de intereses, la doctrina sostiene que debe eliminarse de la investigación sobre la buena fe, tal y como ha sido planteada, ya que entonces, la propia buena fe se esfumaría en un incoloro deber social de respeto, cosa que es diferente al planteamiento del propio artículo 1546 antes transcrito, que exige una conducta positiva o negativamente activa y particular según fuere el caso.

La hipótesis según la cual un socio o accionista ejerce su derecho a voto perjudicando, esto es, no respetando los derechos de la sociedad y los de los otros socios o accionistas, se explica casi en su integridad, cuando existe conflicto entre los intereses de unos y otros. Normalmente, esos conflictos no se presentan en las personas jurídicas, pues existe, por lo general, una comunidad de intereses entre todos sus miembros. Sin embargo, en ocasiones, los intereses de sus miembros no son los mismos. Esto sucede fundamentalmente entre accio-

³² Por su parte la Suprema Corte alemana ha declarado que un acuerdo puede ser ilegal si la mayoría, en un modo contrario a las buenas costumbres, actúa en perjuicio de la sociedad o de la mayoría. Sentencia citada por Andreas Von Tour, Derecho Civil. Vol. I, Tomo 2, página 177.?

³² Mazeaud - Tunc, obra citada, tomo primero Volumen 2, página 258

³³ Estas teorías sostenían que el acto abusivo es el acto contrario al objeto de la institución, a su espíritu y a su finalidad.

nistas o socios mayoritarios o controladores y socios minoritarios. En estas ocasiones, los intereses de unos y otros chocan, de forma que se produce un conflicto que es necesario solucionar. Si la solución de los mismos quedara entregada lisa y llanamente al principio mayoritario, querría decir que siempre primaría el derecho de los controladores por sobre los de los demás socios y los de la sociedad. En otras palabras, si se aceptara una interpretación como la mencionada, significaría que nuestro ordenamiento jurídico autorizaría a una de las partes en un contrato a ejercer sus derechos de forma que se perjudiquen los de las demás partes del mismo, lo que no solo sería ilegal, porque constituye una conducta que precisamente rechaza el artículo 1546 del Código Civil al no cumplirse las obligaciones instrumentales predominantemente de respeto al derecho ajeno que establece, sino que inconstitucional, pues importaría sancionar como lícita la expropiación de un derecho de dominio sin que exista una causa de utilidad pública que la justifique.

En conclusión, habiendo conflicto de intereses, el accionista controlador no puede ejercer el principio mayoritario de modo de que se perjudique el derecho de los demás accionistas y el de la sociedad, porque, al hacerlo, infringe el contrato de sociedad, fundamentalmente porque no actúa de buena fe si privilegia sus intereses a los de los accionistas minoritarios o los de la sociedad, pues es un deber general de conducta el de ejercitar los derechos propios de manera de no infringir los ajenos (artículo 1546 del Código Civil) y es una obligación claramente determinada por la ley aquella de que los accionistas deben ejercer sus derechos de manera de no perjudicar los de la sociedad y los de los otros accionistas (artículo 30 Ley 18.046).

Se puede sostener que los derechos de los accionistas minoritarios se respetan en la medida que se cumplan las normas de orden público establecidas en la ley de sociedades anónimas en protección de los derechos de los minoritarios como, por ejemplo, los dividendos mínimos obligatorios que se deben repartir en las sociedades anónimas o las normas sobre derecho a retiro establecidas en el artículo 69 de la misma ley.

Los dividendos mínimos obligatorios que menciona el artículo 79 de la Ley 18.046, podrán expresar una obligación para la sociedad y todos los accionistas, pero eso no significa que con ello necesariamente se cumpla el contrato de sociedad. Sería parecido a sostener que el comprador cumple el contrato de compraventa si paga la mitad del justo precio de la cosa, aunque haya pactado un precio superior. No se puede dejar de considerar al respecto, que la sociedad anónima puede estar definida por la ley como una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común suministrado por accionistas responsables solo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables, pero es al mismo tiempo un contrato de sociedad que tiene por objeto repartirse las utilidades que del negocio provengan y que, como tal contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, no solo obliga a lo que en el se exprese, sino a todo cuanto resulte de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

En este sentido sería absurdo, por ejemplo, sostener que en una sociedad que dispone de utilidades acumuladas inmensas, que no tiene proyectos que realizar, el accionista controlador niegue su voto para repartir utilidades por sobre las mínimas legales, porque la sociedad tendría que pagar demasiados impuestos³⁴, o porque ha decidido dar en mutuo esos recursos a otras entidades bajo su control, aunque sea a tasas de interés de mercado, o porque decida aumentar el capital de otras sociedades relacionadas a él, a fin de mejorar su razón de endeudamiento. Eso significa a nuestro juicio, lisa y llanamente, una infracción clara del contrato de sociedad, aun cuando se haya cumplido con los dividendos mínimos obligatorios³⁵.

Lo mismo que se ha dicho respecto a los dividendos puede decirse en relación con el derecho a retiro. No porque este se establezca frente a decisiones del controlador va a significar que con la transformación de la sociedad, su fusión o la enajenación del 50% o más del activo

³⁴ Es lo que actualmente se discute en la Microsoft que dispone de aproximadamente 40 billones de dólares susceptibles de ser repartidos entre sus accionistas, y los controladores se niegan a hacerlo por razones tributarias.

³⁵ Pedrol Antonio, obra citada, p. 278, señala que "el interés social concebido como interés común de los socios, está a favor de que la sociedad no solo obtenga sino que, además, reparta el máximo de beneficios que la situación de la empresa consienta".

social o con cualquiera de las causas que lo hacen nacer, se esté respetando necesariamente el derecho de los minoritarios, porque ninguna de las decisiones mencionadas puede perjudicar el derecho de los minoritarios. El derecho a retiro ha sido establecido a favor de los minoritarios como una alternativa frente a decisiones de inversión del controlador que no compartan los primeros, pero no como alternativa frente al perjuicio de sus derechos. La protección de estos derechos está garantizada por el contrato de sociedad y no por el derecho a retiro.

El principio mayoritario, que es sin duda alguna la razón jurídico-contractual de por qué el accionista controlador puede imponer su voluntad a los demás accionistas, es un crédito o derecho personal que tiene el accionista controlador en contra de los demás accionistas que han contraído la obligación correlativa en virtud del contrato de sociedad. Esta obligación correlativa consiste en respetar la voluntad de la mayoría de las acciones emitidas con derecho a voto, o la mayoría de los miembros de una corporación que tengan voto deliberativo. El derecho que nace de la aplicación del principio mayoritario es clasificado como uno de los derechos políticos de los accionistas, pues nace del derecho a voto.

Pero el controlador no puede ejercer este derecho personal que tiene en contra de los demás accionistas, de una forma que perjudique sus derechos y los de la sociedad. Los derechos de los demás accionistas están representados fundamentalmente por sus derechos políticos y sus derechos patrimoniales. Dentro de estos últimos se encuentra claramente el de recibir la cuota de liquidación de la sociedad o el precio por su participación en ella, si desea enajenarla y el derecho a percibir las utilidades producidas por la explotación social. Este último derecho se justifica con mayor razón en el caso de las sociedades anónimas en donde, junto con ser socio, se es también inversionista.

Entonces, si uno de los derechos económicos está relacionado con el precio de su participación social o de sus acciones, es obvio que cualquier decisión del accionista controlador, ejerciendo el principio mayoritario, que perjudique el valor de esa participación, daña los derechos de los demás accionistas y, por ende, se incumple el contrato de sociedad.

Se podría decir que el precio de la participación social de un socio o accionista es una cuestión ajena al contrato de sociedad, que dice relación más bien con una propiedad suya y que el contrato de sociedad no puede asegurar el precio de esa propiedad por la vía de un reparto de utilidades conveniente. Sin embargo, la propiedad de que se habla se ejerce sobre un derecho personal nacido en virtud de un contrato y, por ende, no es posible concebir ese derecho personal como algo absolutamente desligado de las obligaciones correlativas concebidas por ese mismo contrato, entre las que se encuentra la del accionista controlador de no ejercer el principio mayoritario de forma que perjudique los derechos personales de los demás accionistas.

Por otra parte, cualquier infracción de los derechos personales del accionista derivados del contrato de sociedad le resta valor a los mismos. Si ese menor valor es el resultado de una serie de acontecimientos que le suceden a la sociedad y consiguientemente al derecho personal, es obvio que lo que se debe discutir es si esos acontecimientos fueron o no resultado de la aplicación del principio mayoritario y si la decisión del accionista controlador consideró o no la obligación que tiene de ejercer su derecho respetando los de la sociedad y el de los demás accionistas. Si la sociedad adopta, por ejemplo, una política de dividendos restrictiva que redunde en una magra rentabilidad de la inversión del accionista, se podría decir que ese es una cuestión derivada de la inversión y no del contrato de sociedad, pero no es posible desconocer que la magra rentabilidad de la misma se debe a una decisión del accionista controlador en orden a establecer una política de dividendos restrictiva, la que se impuso, obviamente, a todos los demás accionistas, en virtud del principio mayoritario, esto es, en razón del mismo contrato de sociedad.

Se podrá decir que con ello se estaría "judicializando"³⁶ una decisión de negocios; pero las decisiones adoptadas por el controlador deben quedar expuestas a revisión judicial más

³⁶ Pedrol Antonio, obra citada, p. 277, expresa que "la valoración de las circunstancias de conveniencia corresponderá en principio a la mayoría y la rectificación judicial solo puede producirse cuando se demuestre que —con el criterio de un hombre medio— resulta totalmente injustificada la constitución o el cálculo de la reserva, en cuyo caso se pondrá en evidencia que el cálculo está inspirado en intereses puramente extrasociales, fuera del círculo de interés común y que, por tanto, no puede desplegar su poder el principio mayoritario.

que no sea sino para comprobar si se cumplió o no el contrato de sociedad. Este es el punto de fondo sobre el cual debe recaer cualquier decisión judicial que pretenda revisar la actuación del accionista controlador.

26. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN INFRINGIDA

La obligación del controlador consiste en no ejercer su derecho a voto, y por ende su consecuencia constituida por el principio mayoritario, habiendo conflicto de intereses, de modo que se perjudiquen o afecten los derechos de los minoritarios.

Se trata, en consecuencia, de una obligación de no hacer, pues consiste en abstenerse de una determinada conducta.

Se podría sostener que la obligación del controlador es concurrir con su voto para aprobar el reparto de utilidades por parte de la sociedad y, por ende, se trataría de una obligación de hacer. Se podría decir, también, que la obligación del controlador no es la de abstenerse de ejercer el principio mayoritario, pues no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que impida votar a los accionistas en caso de conflicto de intereses, sino más bien ejercerlo de una determinada manera. Es más, se podría decir que si se le quitara el derecho a voto al accionista mayoritario, en caso de conflicto de intereses, no habría quien defendiera los de la sociedad.

Sin embargo, nosotros pensamos que esta última posición es equivocada. No se trata de no ejercer el derecho a voto. Se trata de no ejercerlo de una determinada manera. Cualquiera obligación de no hacer puede convertirse en de hacer solo cambiando la perspectiva desde donde se la mire. A este respecto, el punto de vista correcto para concluir si la obligación es positiva o negativa consiste en preguntarse cómo se contraviene la obligación. Si se contraviene haciendo algo, es de no hacer. Si se contraviene no haciendo algo es de hacer. Si el controlador vota de manera que no se repartan dividendos está haciendo algo. Luego, la obligación es de no hacer.

La discusión no es teórica, pues si se concluye que la obligación es de no hacer, el infractor debe los perjuicios desde que se contraviene y no desde el momento desde el momento que se ha constituido en mora.

Por otra parte, si hay varios controladores con pacto de actuación conjunta, la obligación es de objeto divisible, porque el hecho de votar en el sentido de producir un reparto de dividendos que corresponda conforme a las peculiaridades del negocio social, es susceptible de división física, intelectual o de cuota. Siendo de cosa divisible, la obligación es simplemente conjunta. En consecuencia, cada uno de los miembros del pacto de actuación conjunta es obligado a votar de la manera indicada a prorrata de las acciones que posea en la sociedad.

27. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS COMPENSATORIA Y MORATORIA

Cuando ha habido venta del control, la existencia de perjuicios compensatorios se hace evidente, pues el mayor valor del control corresponde, en realidad, a la riqueza que las acciones de los minoritarios han perdido por haberse incumplido por el controlador el contrato de sociedad. Este valor corresponde a lo que el mercado le ha restado al precio de las acciones de los minoritarios, atendido el escaso valor de los derechos que representan las acciones en el contrato social, producto que se ha utilizado el principio mayoritario para resolver conflictos de interés entre ellos y el accionista controlador y la sociedad, o sea, porque se ha incumplido el contrato de sociedad.

Se podría sostener que, como ese mayor valor emana, según se ha dicho, de la capacidad de resolver en contra de los minoritarios los conflictos de intereses que se suscitan entre ellos y el controlador o, como otros autores han denominado, de la capacidad de expropiar riqueza a los minoritarios³⁷, sería un activo asociado a sus acciones y no a la de los controladores.

³⁷ Véase Pfeffer Francisco, obra citada, página 126 y los autores nombrados por este en nota 38.

Luego, todo ese mayor valor debería sindicarse directamente a la pérdida de valor que sufrieron las acciones de los minoritarios debido al incumplimiento del contrato social. Sin embargo, si así fuera, las acciones del controlador valdrían menos que las acciones de los minoritarios, pues el premio del control se distribuiría entre las acciones de los minoritarios y no entre las de los controladores, lo que produciría un nuevo desequilibrio entre el valor de un mismo bien, lo que repugna a cualquiera. Por consiguiente, esa postura es inaceptable. Como se dirá más adelante, el valor del control siempre representa una cifra única que es independiente al número de acciones que tenga el controlador o a las acciones de los minoritarios. Lo mismo da para determinar el valor del control el número de acciones que lo representan. Puede ser una o cien o mil o un millón. Puede tratarse de un uno por ciento o de un cincuenta y un por ciento. El valor del control es siempre el mismo y, como emana de la aplicación de los estatutos sociales, su valor no se asocia a unas acciones y a otras no. Por el contrario, se distribuye por igual entre todas las acciones emitidas por la sociedad.

Si por el contrario no hubiere habido una venta del control, la determinación del daño causado a los accionistas minoritarios es más difícil de calcular, pues el mercado todavía no habría avaluado el perjuicio de los minoritarios. Sin embargo, este sería determinable sobre la base de sumar los flujos esperados de la sociedad en un tiempo determinado, descontados a una cierta tasa de interés y comparar esa cifra con el valor en bolsa de todas las acciones de la compañía. La diferencia entre esos dos valores dividida por el número de acciones de la sociedad debería representar en valor del perjuicio por acción.

Respecto a los perjuicios moratorios, se podrá sostener que estos no existen, pues, en último término, al perjuicio que se le causará en un tiempo determinado, descontado a una cierta tasa de interés, supone que continuará igual el comportamiento del controlador, lo que no podría ser posible, pues la sentencia que constatará el incumplimiento corregiría los incentivos para que el controlador no continuara con esa conducta. Sin embargo, este razonamiento no es correcto. A los accionistas minoritarios se les causó un daño efectivo producido por no disponer del valor correcto de su inversión durante todo el tiempo que la poseyeron, lo que equivale en el fondo a la tasa de interés aplicada sobre el valor correcto de su inversión por el espacio de tiempo que la poseyeron. Ese sería el lucro cesante.

28. SE RESPONDE CONFORME AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Como resulta obvio, el socio o accionista que ha infringido el contrato social, debe responder de los perjuicios causados conforme al régimen de responsabilidad contractual. En consecuencia, responde de los perjuicios directos previstos si no se le puede imputar dolo; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento, todo ello conforme lo establece el artículo 1558 del Código Civil.

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante según se han descrito en el párrafo anterior, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1556 del Código Civil.

Como la obligación infringida es de no hacer, conforme a lo dispuesto en el artículo 1557 del Código Civil, los perjuicios se deben desde el momento de la contravención de la obligación de no hacer, esto es, desde que el controlador vota de una manera tal que no se reparten entre los accionistas todos los dividendos que se deberían repartir.

Finalmente, si los controladores fueren dos o más personas, todas ellas habrían sido coautores de un incumplimiento grave del contrato de sociedad o habrían sido autores respecto al incumplimiento que los beneficiaba a ellos y cómplices respecto del incumplimiento que beneficiaba a los otros incumplidores. Dado lo anterior, resulta indiscutible que ya fuere como autores y cómplices, respectivamente, serían todos responsables u obligados al pago del total de los perjuicios. En otras palabras, la obligación, en este caso, sería *in solidum*, puesto que se produciría en este caso lo que

sostiene Mazeaud: “La obligación *in solidum* se justifica en la especie, sin que ambos coautores sean responsables delictualmente, por el solo hecho de que cada uno de ellos está obligado, por su situación personal, a reparar todo el perjuicio causado”³⁸.

En contra de esta opinión se manifiesta una parte de la doctrina que señala fundamentalmente que el abuso del derecho, cual se afirma por algunos que podría ser el caso en análisis, da lugar a la responsabilidad extracontractual, pues la víctima alega que el perjuicio se produjo con motivo del cumplimiento del contrato y no por su incumplimiento del contrato. En otras palabras, se sostiene que el abuso supone necesariamente el cumplimiento de las obligaciones y que el contratante, lejos de estar violando el contrato, lo está cumpliendo, si bien en forma abusiva^{39, 40}.

No nos parece acertada esta opinión. El mismo Alessandri⁴¹, partidario de esta doctrina, sostiene el abuso del derecho en materia contractual tiene plena cabida, pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe. Si se trata de un cumplimiento abusivo del contrato, se trata de una ejecución contraria a lo previsto en el contrato y, por ende, de un incumplimiento contractual. No vemos cómo podría haber abuso del derecho sin incumplimiento. Nuestra opinión es plenamente compartida por otra parte de la doctrina⁴² que afirma que el abuso del derecho engendra una culpa contractual cuando se produce en el cumplimiento, en la interpretación o en la rescisión de un contrato.

29. EL VALOR DEL CONTROL

El valor del control es la diferencia que existe entre el valor de venta de las acciones de una sociedad que no aseguran el control de la misma y el valor de venta de las acciones de dicha sociedad que sí lo aseguran⁴³.

La sociedad, sin embargo, tiene un valor determinado calculado –por ejemplo– en relación con las utilidades que es capaz de producir en un determinado tiempo, descontada a una cierta tasa de interés. Para calcular el valor de sus acciones, se divide este valor por el número total de ellas y, el resultado, debería indicar el valor de cada acción. Quien se interese por adquirir el control de la sociedad, debería pagar por dichas acciones no más que un porcentaje de ese valor igual al porcentaje de acciones de la compañía que le permita adquirir el control. Así, si la compañía vale 100, y asegura el control con el 51% de las acciones, debería pagar por ellas \$51. Si pagare \$70, por ejemplo, la diferencia entre las dos cantidades debería expresar el valor del control.

Sin embargo, este mayor valor no tiene una explicación razonable ni desde el punto de vista económico ni desde el punto de vista jurídico. Si se hubiere calculado bien el valor de la compañía, lo que el adquirente recibirá de la misma no puede ser más que esos \$51, más la tasa de interés que usó como tasa de descuento, a menos que pretenda obtener un retorno

³⁸ MAZEAUD-TUNC, “Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo Primero Volumen Primero, página 199. Es más, para muchos, la responsabilidad del cómplice (directores) es delictual por lo que la responsabilidad del autor principal cambia de carácter y se convierte asimismo en delictual.

³⁹ Alessandri Arturo, “De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Imprenta Universitaria, 1943, número 178, página 270.

⁴⁰ En general, la jurisprudencia francesa –aunque no así la doctrina– ha partido de la base que se trata de una responsabilidad extracontractual por la misma razón que se ha dado en orden a que el perjuicio no es causado por el incumplimiento del contrato, sino por su cumplimiento.

⁴¹ Idem número 178.

⁴² Entre ellos, Mazeaud, Tunc, Hubert de la Massue y otros citados por Mazeaud, obra citada, página 245.

⁴³ Algunos autores distinguen entre el concepto de “valor del control” y “premio por control”. El primero sería el valor asociado a la mayor eficiencia que aporta el nuevo controlador entrante y que es función de la propiedad de los activos de la empresa que generan los ingresos futuros. El segundo, sería el precio por tener acceso a flujos monetarios o beneficios no pecuniarios mayores a los percibidos por los accionistas minoritarios. Véase Pfeffer Urquiaga, Francisco: “Nuevas Regulaciones en las Tomas de Control y Oferta Pública de Adquisición de Acciones”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 28, N° 1, 2001, página 126. Nosotros no compartimos esta clasificación como se verá.

superior a la tasa de descuento que utilizó, lo que no serviría para justificar la procedencia del mayor valor del control, pues el mayor retorno iría directamente a aumentar el valor de todas las acciones. Entonces, ¿de donde obtiene los \$19 que necesita para recuperar su inversión?

Se han dado muchas razones para explicar el mayor valor que experimenta el paquete controlador de una sociedad, en relación con el valor unitario de las acciones en el mercado, pero ninguna de dichas razones puede ser explicada ni por la teoría económica ni por la teoría jurídica. En lo que a nosotros respecta, explicar jurídicamente la razón de un desequilibrio económico-estructural en una relación contractual, es justificarlo por la existencia de un derecho subjetivo, nacido o de la ley o de la misma relación contractual o por su violación.

Se ha dicho –por ejemplo– que este mayor valor proviene del hecho de que el adquirente le asigna a la sociedad un valor superior a aquel que tenía en el mercado, porque la administración de los recursos productivos de la sociedad es ineficiente o simplemente porque es inferior a la óptima. Esto puede explicar el mayor valor que la sociedad adquiere en el mercado, pero no explica el mayor valor del control. En efecto, si algún inversionista descubre que una sociedad es administrada en forma ineficiente y, por ende, que es capaz de generar más riqueza de la que genera, pagará más por la sociedad, pero, por lo mismo, el mayor valor no lo paga por el control, sino por los activos que adquiere. De manera entonces que el control no tendría nada que ver con el mayor valor, pues este se debería a un incremento real del valor de los activos sociales. Si así fuere, además, las acciones de esa sociedad aumentarían de valor en el mercado, el cual, a partir de la oferta del interesado y de la compra posterior, habría ya internalizado ese mayor valor de los activos, cosa que no ha ocurrido en Chile ni en los Estados Unidos⁴⁴, pues la riqueza generada por las tomas de control ha aumentado principalmente el tesoro de los vendedores del control y, solo en los Estados Unidos, las acciones de los minoritarios aumentaron su valor en los dos años posteriores a la toma de control en un magro 4,09%, en relación con el 18,92% de premio que obtuvieron los que vendieron el paquete controlador. En Chile, la riqueza generada por las tomas de control ha aumentado solo el tesoro de los vendedores del paquete controlador (en promedio un 70% por sobre el valor bolsa de las acciones), en circunstancias que, los accionistas minoritarios, han visto decrecer el valor de sus acciones después de la venta del control.

La teoría esta de que el mayor valor del control se debería a la mayor eficiencia en la administración de los negocios sociales que le imprimiría el adquirente, se nos antoja, además, un tanto ingenua. Si fuera cierta, los accionistas minoritarios no poseedores del control obtendrían su premio vía un aumento del valor de sus acciones en el mercado después que este hubiere internalizado el hecho de que la nueva administración aumentó el flujo de riqueza de la compañía. Los accionistas minoritarios estarían entonces satisfechos, se habría generado más riqueza y nadie podría discutir ni las bondades de la transferencia del control ni el premio que habría recibido el antiguo controlador ineficiente, pues no se lo habría sacado a los accionistas minoritarios sino al nuevo controlador que estaría también feliz por la adquisición, dado que estaría recuperando su inversión más la tasa de interés que hubiere calculado por la vía del mayor flujo de riqueza que le generó a la compañía. Pero si esto que hemos dicho fuera cierto, ¿estaríamos discutiendo el tema del control? No, desde luego que el tema este del control y su precio no sería un punto de discusión. Por cierto que, además, esta compañía, bajo la nueva administración, no podría generar ningún mayor valor por su control, dado que la administración de sus recursos productivos sería “eficiente”.

La única explicación valedera es la que ha dado el profesor norteamericano Adolf A. Berle quien sostuvo en 1932 que ese mayor valor “surgía primordialmente de la capacidad que tenía el controlador de dominar o manejar una propiedad que, en equidad, pertenecía a otros”⁴⁵. Nosotros concordamos con la tesis del profesor Berle, pues lo único que no tienen

⁴⁴ Véase sobre el particular la memoria de prueba “Las tomas de control de las sociedades anónimas abiertas en Chile”, del alumno de la Universidad Católica Daniel Nassar Stefan, Santiago, 1998.

⁴⁵ Adolf A. Berle & Gardiner C. Means, “The Modern Corporations and Private Property”, páginas 207-252, citado por Cox D. James, “Corporations”, Editorial Advisory Board, 1997, p. 260

los accionistas no poseedores de un paquete controlador y que sí tienen estos últimos, es el supuesto derecho a imponer sus decisiones por sobre la voluntad de los demás accionistas. El control vale en sí mismo, pues tiene el supuesto derecho o capacidad para manejar una propiedad que pertenece a los accionistas minoritarios.

Pero lo curioso es que el derecho a manejar la propiedad de otros no entrega en sí mismo ningún beneficio sino es porque en las cuestiones donde el interés de los otros se encuentra en conflicto con el interés del controlador, el asunto se resuelva siempre a favor de este último, esto es, sobre la base del principio mayoritario. Es eso precisamente lo que hemos venido hablando en los párrafos precedentes. Esa capacidad de que hablaba el profesor Berle se encuentra representada por la aplicación del principio mayoritario para solucionar conflictos de interés que surjan entre los distintos accionistas, el cual, como hemos dicho, significa una infracción a las disposiciones del contrato de sociedad. Desde luego que estos beneficios que obtiene el controlador por la aplicación del principio mayoritario a los conflictos de interés no se los asegura por la fuerza ni por medio de engaño ni por fraude o algún artificio semejante. Los obtiene más bien por una actitud pasiva. Los obtiene en forma legítima si no fuera por la infracción al contrato de sociedad. Los obtiene solo por el hecho de detentar el control de la entidad. Por el hecho de disponer de la caja de la compañía asegura su liquidez y una menor tasa de interés en los préstamos que requieran sus negocios particulares. Por el hecho de ser el controlador de la sociedad puede invertir sus recursos de forma de impedir que un competidor suyo a nivel personal adquiera una mayor cuota del mercado. En fin, digamos que estos beneficios son más bien cualitativos que cuantitativos. Nadie puede acusar a ningún controlador de desviar ilegítimamente los recursos sociales en una suerte de engaño o fraude a los accionistas minoritarios. Las cosas no funcionan con tal crudeza. Incluso hay varios que sostienen con argumentos razonables la validez de este derecho de los controladores. Sin embargo, si bien este supuesto derecho les arroja a los controladores beneficios cualitativos, para los accionistas minoritarios las desventajas que les arroja son cuantitativas, pues el hecho de no repartir las utilidades que correspondan, según los negocios sociales, significa una menor rentabilidad de su inversión y, por ende, un menor valor de la misma en el mercado.

Lo dicho en el párrafo anterior nos lleva a concluir, finalmente, que el valor del control se genera por la cantidad de dividendos que se debieran repartir entre los accionistas y no se reparten. Pensada así la cuestión, el valor del control es algo tan obvio que se puede hasta calcular de antemano, sin esperar a que el mercado lo determine mediante una transferencia del mismo. El valor del control debería ser siempre igual a la diferencia existente entre el valor presente de los flujos futuros de la sociedad y el valor representado por el porcentaje de dichos flujos que por ley o por estatutos deba distribuirse como mínimo a los accionistas más el porcentaje de esos flujos que deban necesariamente reinvertirse para seguir produciendo el mismo flujo, todas las cantidades calculadas en moneda del mismo valor adquisitivo, descontadas a una misma tasa de interés y considerando la carga tributaria correspondiente. A la inversa, si una compañía distribuyera el total de las utilidades que obtiene en el desarrollo de sus negocios, restada obviamente lo que se necesite invertir para mantener el mismo flujo de utilidades, el valor del control debería ser igual a 0.

En consecuencia, el valor del control es siempre el mismo, independientemente del número de acciones que lo aseguran. Lo mismo da una acción que un millón o un 1% que un 51 por ciento. El control emana de los estatutos sociales y, por ende, no se encuentra asociado a las acciones sino a la capacidad para expresar la voluntad de la sociedad. Quien tenga las acciones con las cuales se asegura el control, lo tiene no porque posea las acciones sino porque, en virtud de los estatutos, una acción da derecho a un voto. Si los estatutos establecen series preferentes con derecho a voto y otras series sin derecho a voto, el que tenga las acciones preferentes con derecho a voto, tiene el control, no porque tenga las acciones, sino porque la voluntad que se expresa por el voto que otorgan las acciones representa la voluntad de la sociedad. El valor del control no está asociado, en consecuencia, a las acciones sino a la capacidad para determinar la voluntad de la sociedad. Esa capacidad puede estar representada

por muchas acciones o por pocas acciones. Incluso, en el extremo, teóricamente, si no existieran series preferentes, el control dependería de las acciones que le faltarían a una persona para detentar el número de acciones con las que se controla, el que dependería de la cantidad de acciones que el adquirente ya tenga en su poder y el número o porcentaje de acciones que, en cada sociedad, se necesite para ejercer el control, atendida la dispersión de votos. Podría, por consiguiente, ser una y, en esa acción, estaría representado el total del valor del control.

A la teoría de Berle se le formularon fundamentalmente dos críticas: La primera sostiene que el precio pagado por el paquete controlador es necesariamente más alto que el que prevalecía anteriormente en el mercado para cada acción, porque el comprador del control creó una demanda creciente que, combinada con una oferta constante, resultó en una presión a la alza del precio. La segunda considera que la capacidad para ejercer el control como vehículo para hacer más rica a la empresa es un derecho de propiedad unido al interés controlador más que un activo de la sociedad.

A la primera crítica se debe responder que la demanda creciente de una acción podría explicar el premio por el control en procesos de tomas de control hostiles, donde el antiguo controlador primero defiende su posición, mas no explica el mayor valor en tomas de control amigables, donde no puede crearse un poder comprador de acciones previo a la toma de control, porque el comprador se entiende directamente con el vendedor y acuerdan el precio.

La segunda crítica debe ser abiertamente rechazada porque la hipótesis de que la capacidad de ejercer el control para hacer más rica a la empresa es un derecho de propiedad unido al interés del controlador puede ser cierta, pero ni el hacerla más rica es un derecho exclusivo del controlador ni puede obtenerse ese objetivo a costa de los accionistas minoritarios.

Berle concluyó que si el premio por el control debía ir a alguna parte, esa debía ser el tesoro corporativo, por ser un activo de la compañía y no al bolsillo de los vendedores del control.

Otra escuela de pensamiento⁴⁶, recogida por la legislación chilena, sostiene que la obligación del accionista controlador es asegurar una igual repartición del premio por el control entre todos los accionistas, lo que se consigue dándoles a todos los accionistas la oportunidad de vender un porcentaje de sus acciones igual al que el interesado por el control desee comprar.

Desde nuestro punto de vista, ninguna de estas dos posturas observa la causa real de un problema de mayor envergadura que la mera cuestión del premio por el control y de la cual este es solo un síntoma. La verdadera causa del problema es creer que el llamado a resolver los conflictos de intereses que se suscitan entre los accionistas y entre estos y la sociedad, es el principio mayoritario, el cual, como régimen de resolución de disputas es, no solo inconveniente para estos casos, sino contrario a derecho, según hemos visto. Esto nos lleva a considerar que el valor del control debería ser igual a 0, fundamentalmente por razones jurídicas, ya que en esas decisiones en que el controlador se encuentre en conflicto de intereses, debería siempre primar el respeto a los derechos de los accionistas minoritarios; y también por razones económicas, porque en un sistema económico donde no se respeten tales derechos, se desincentiva principalmente la inversión y el ahorro.

30. EL VALOR DEL CONTROL ES EN SÍ MISMO ANTIJURÍDICO

De las consideraciones expresadas en el párrafo precedente, se sigue que el valor del control sería, en sí mismo, antijurídico, porque en el fondo es el precio por un derecho que no existiría en nuestro orden jurídico consistente en imponer a otros algo que es contrario a sus intereses y que, el solo hecho de pagarse, importa un incentivo a cometer el ilícito, pues infringir los derechos de los accionistas minoritarios en el caso de conflicto de interés, sería la única forma de recuperar lo invertido por el control, lo que provoca que el acto sea nulo

⁴⁶ Andrews William, *The Stockholder's Right to Equal Opportunity in the Sales of Shares*, 78 Harv. L. Rev. 505 (1965).

absolutamente ya porque le falta causa ya porque la causa sería ilícita, dado que el motivo que induce al acto jurídico sería contrario al orden público, al pretenderse cobrar una recompensa o premio a cambio de entregar los medios para poder consumir el ilícito constituido por infringir los derechos y obligaciones que emanan del contrato de sociedad, todo ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1467 en relación con el artículo 1682 del Código Civil⁴⁷.

En este sentido, entendemos que es contrario al orden público, cualquier acto que atente “en contra de principios, normas o reglas que miran a los intereses generales de mayor importancia para la sociedad”⁴⁸, o en contra de “la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad”⁴⁹. Nos parece indudable que, un acto que tiene como causa lo dicho en el párrafo anterior, perturba el buen funcionamiento del régimen general de las sociedades en Chile, que, obviamente resulta de la mayor importancia para la sociedad.

Se podría sostener que lo que se ha dicho respecto de la existencia de una causa ilícita en estos actos o contratos es una mera especulación teórica, pues nadie puede separar en la práctica la intención de manejar la sociedad, que es lícita, de la intención de resolver los conflictos de interés a favor de una de las partes involucradas, que es ilícita, porque podría ser que ese mayor valor se pague solo por manejar la sociedad y no por lo otro. Sin embargo, el precio de las cosas es inseparable a la rentabilidad de las mismas. Nadie pagará más por un activo si no es porque tiene la posibilidad de obtener de dicho activo el retorno de su inversión. De esta manera, si se pagara por solo el derecho de manejar los negocios sociales, la inversión efectuada por el adquirente debería rentarle una cantidad semejante en un plazo determinado más una tasa de interés atractiva. Si la tasa de interés utilizada por el adquirente para calcular el negocio no calza con aquella necesaria para cubrir su inversión, quiere decir, entonces, que lo que falta para completar el flujo necesario estaría constituido por el monto de los beneficios que no compartiría con los minoritarios, y que estarían compuestos por lo que resulte después de aplicar esto que hemos venido en denominar, la capacidad de resolver conflictos de intereses siempre en su beneficio. El controlador podría mentir y señalar una tasa de interés lo suficientemente alta que explicara el monto invertido. Pero por una parte estaría mintiendo y, por otra, ella debería ser comparable con lo que deberían rentar los negocios sociales con una administración óptima.

Se puede sostener, también, en contra de lo dicho, que el artículo 199 de la ley de Valores, al obligar a cualquier adquirente del control a efectuar una OPA dirigida a todos los accionistas por el porcentaje de acciones que desee adquirir, estaría de alguna forma legitimando el precio por el control, pues lo aceptaría desde el momento que obliga a dirigir la oferta a todos los accionistas repartiéndose así el precio del control a prorrata de las acciones de cada uno de dichos accionistas decida enajenar. En otras palabras, se estaría aceptando –por los accionistas que decidan vender– el hecho de que los conflictos de intereses surgidos entre controladores y accionistas minoritarios se solucionen sobre la base del principio mayoritario, pues los accionistas estarían cobrando un precio adicional para ello. Sin embargo, el sentido del mencionado artículo y de la ley que lo introdujo no es ni puede ser ese. La intención del legislador fue la de provocar que el mayor valor del control se repartiera entre todos los accionistas que estuvieran dispuestos a aceptar la OPA, precisamente para desincentivar la existencia de un mercado por el control, pues, si los controladores se ven obligados a repartir el premio por el control y a quedarse en la sociedad no obstante transferirlo, tratarán de que el valor de las acciones en el mercado sea lo más parecido al valor de los negocios sociales, impidiendo que el valor de aquellas se

⁴⁷ En el mismo sentido se manifiesta Francisco Pfeffer Urquiaga: Nuevas Regulaciones en las Tomas de Control y Oferta Pública de Adquisición de Acciones, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 1, p. 126, quien sostiene “este premio por control por definición existe solo si el controlador accede a flujos o beneficios a los que no tienen acceso los accionistas minoritarios. Si así fuera –agrega–, ha de concluirse que tal beneficio tiene una causa ilegítima, en cuanto representa el valor que el mercado le asigna a la capacidad de expropiar riqueza de los minoritarios”.

⁴⁸ León Hurtado, Avelino: La causa, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, p. 61.

⁴⁹ *Gaceta año 1946, segundo semestre p. 70 número 391.*

vea influenciado por decisiones del controlador ajenas al principio contenido en el artículo 30 de la Ley 18.046. Si ese es el sentido de la ley, se debe concluir que considera ilícito el premio por el control, pues lo desincentiva. Podría sostenerse que si bien lo desincentiva, no es porque lo considere ilícito sino solo inconveniente por razones económicas. Puede ser así, pero lo que es indudable es que este argumento de que el artículo 199 de la Ley 18.045 estaría legitimando el premio por el control es falso, porque –como se ha demostrado– no solo no lo legitima sino que, por lo menos, lo desincentiva.

Por otro lado, el mencionado artículo 199 de la Ley 18.045, no se pone en el caso de que el precio por ese control se esté pagando por el supuesto derecho a imponer a los accionistas minoritarios decisiones económicas que infrinjan sus derechos emanados del contrato de sociedad, pues en tal caso, la norma sería inconstitucional al infringir el derecho de propiedad sobre los derechos personales de todos los accionistas minoritarios. Lo único que pretende, a nuestro juicio, es desincentivar el premio por el control, porque lo considera, por lo menos, inconveniente, sino que, también, injusto, arbitrario o ilegal.

31. EL VALOR DEL CONTROL ES ANTIJURÍDICO, AUN CUANDO PROVENGA DE LAS DISPOSICIONES DEL CONTRATO SOCIAL Y NO DEL NÚMERO DE ACCIONES QUE SE POSEAN

Se podría creer que, si el control emana de cláusulas especiales introducidas al contrato de sociedad, sea bajo la forma de acciones preferentes o mediante cláusulas de administración especiales, que le entreguen a un socio o grupo de socios la administración de la misma, estas acciones o derechos tendrían un mayor valor, pues conllevarían un derecho adicional expresamente concedido por los contratantes en virtud del contrato, derecho que ellos, por lo demás, habrían conocido al momento de tomar su decisión de inversión⁵⁰.

Tal conclusión es, sin embargo, equivocada. Hemos dicho ya que el principio mayoritario no puede resolver conflictos de interés que se susciten entre los accionistas y entre estos y la sociedad, pues ellos se solucionan, en caso de colisión, sobre la base de la renuncia al ejercicio de parte de los derechos por parte de todos y cualquier intento de aplicar el principio mayoritario, sin importar su origen, significa, en la práctica, postergar los derechos de los que no tienen el control a favor de los que si lo tienen. El control, si se ha dado en virtud del contrato de sociedad a una parte de los socios, se les ha dado para administrar los negocios de la sociedad y el desarrollo del objeto social, donde existe entre los socios una comunidad de intereses, no para resolver conflictos entre los socios donde el que resuelve lo hace con conflicto de intereses.

Este argumento es, por lo demás, sintomático, porque significa aceptar la ley de la oferta y la demanda sin un marco legal que la regule. Todos sabemos que es ilegítimo interpretar una cláusula contractual de forma que signifique para una de las partes aceptar desde ya la comisión de un perjuicio futuro, porque dicha estipulación sería nula por ilicitud del objeto, dado que importa, en la práctica, la condonación de un dolo futuro, conforme a lo dispuesto en el artículo 1465 del Código Civil.

32. LA NULIDAD ABSOLUTA POR CAUSA ILÍCITA EN LAS VENTAS DEL CONTROL EN QUE SE COBRA UN PREMIO O MAYOR VALOR POR EL MISMO

Pero por muy nula que pueda ser la venta del control en la que se cobra un precio adicional por el mismo, lo cierto es que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1682 del Código Civil, la nulidad puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Esto hace que, en lo que respecta a la nulidad por causa ilícita en las ventas del control en que se cobra un premio o mayor valor por el mismo, se produzcan dos cosas fundamentales:

⁵⁰ Feffer Francisco, obra citada, p. 126 y demás autores citados por él en nota 38.

Primero, que ninguna de las partes que ejecutaron o celebraron dicho acto o contrato pueden pedir la nulidad, porque ambos sabían o debían saber el vicio que lo invalidaba.

Segundo, que los accionistas minoritarios tampoco pueden solicitar la nulidad, porque no tienen interés en ello. En efecto, de nada les sirve solicitar la nulidad del contrato que sirvió de título a la transferencia del control. Ello serviría para que el adquirente restituyera al antiguo controlador el total de las acciones transferidas y que este le restituyera el precio pagado por ellas. El antiguo controlador retomarí­a el control enajenado y todo seguiría igual. No, los accionistas minoritarios carecen de interés pecuniario en la nulidad.

Sí tendría acción para pedir la nulidad por causa ilícita el Ministerio Público, pues este actuaría en el solo interés de la moral y de la ley.

33. LA ACTITUD DE LOS DIRECTORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN LA DETERMINACIÓN DE LA POLÍTICA DE DIVIDENDOS ES FUNDAMENTAL PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y, POR CONSIGUIENTE, DETERMINA SU RESPONSABILIDAD.

El órgano encargado de determinar, en primer término, el monto de los dividendos a repartir es el directorio de la sociedad, porque es el que la administra y el que sabe o debiera saber la cantidad de recursos que la sociedad necesita mantener en su patrimonio para continuar con el giro de la compañía. Lo demás, debería ser repartido entre los accionista a prorrata de las acciones que cada uno posea, en cumplimiento del contrato social. Si el directorio decidiera proponer una distribución de dividendos inferior a la señalada, estaría practicando un acto contrario a los estatutos de la sociedad, conducta expresamente prohibida conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 18.046.

Es cierto que conforme a lo dispuesto en el artículo 56 N° 2 de la Ley 18.046, es la junta ordinaria de accionistas la que resuelve en definitiva sobre la distribución de utilidades de cada ejercicio y, en especial, el reparto de dividendos. Por eso hemos dicho que, al final, es el principio mayoritario el que resuelve sobre esta materia. Pero, en primera instancia, es el directorio que le toca proponer a la junta el monto de los dividendos a repartir. Por ello es de trascendental importancia lo que resuelva al respecto.

Es más, conforme a lo dispuesto en la Circular 687 de la Superintendencia de Valores y Seguros, el directorio debe fijar la política de dividendos de la sociedad y señalar en cada junta de accionistas el monto o porcentaje de la utilidad que se espera repartir; el número de dividendos provisorios que se esperan distribuir durante el ejercicio y fechas estimadas de pago; y cualquier restricción complementaria a la política de dividendos, como por ejemplo, convenios de pago con acreedores. Es inadmisibles, al respecto, que se informe a la junta de accionistas una política de dividendos en que se repartan solo los mínimos obligatorios o algo parecido. El directorio debería justificar fundadamente por qué no propone distribuir el total de las utilidades de la sociedad. Debería explicar en tal caso cuáles son las inversiones futuras de la compañía.

El directorio no es un órgano que se debe mantener al margen de la obligación de repartir dividendos y de su monto. Debe tener una actitud activa al respecto y debe considerarse esa actitud para los efectos de determinar su grado de participación en una eventual infracción de los derechos de los minoritarios. Conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 18.046, los directores deberían emplear en el ejercicio de estas funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responden solidariamente de los perjuicios causados a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables. Si esa participación se comprueba, ya sea que haya intervenido con culpa o dolo, se convierte en un autor, cómplice o encubridor de un ilícito constituido por infringir las obligaciones nacidas del contrato de sociedad.

34. LOS DIRECTORES RESPONDEN CONFORME AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Se han expuesto ya, en el párrafo 18 de este trabajo, las razones de por qué creemos que los directores responden conforme al régimen de responsabilidad extracontractual. Nos remitimos a él para evitar repeticiones.

SECCIÓN TERCERA

EFECTOS DE LAS INFRACCIONES A LOS ARTÍCULOS 44 Y 89 DE LA LEY 18.046 Y DEL ABUSO DEL PRINCIPIO MAYORITARIO RESPECTO AL CONTRATO DE SOCIEDAD

35. CONSIDERACIONES GENERALES

Ha quedado demostrado con lo dicho en el párrafo 12, que si los terceros con quienes la sociedad haya celebrado actos contrarios a los artículos 44 y 89 de la Ley 18.046 eran socios o accionistas controladores de la sociedad, se habría producido un incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de sociedad.

También ha quedado demostrado con lo dicho en el párrafo 25 que si los accionistas controladores hubieren ejercido su derecho a voto habiendo conflicto de intereses y causando un perjuicio a los derechos de la sociedad o de los otros accionistas, se habría infringido una de las obligaciones instrumentales de respeto al derecho ajeno, nacida del contrato de sociedad en virtud de lo dispuesto por el artículo 1546 del Código Civil y del artículo 30 de la Ley 18.046.

Es necesario preguntarse ahora cuáles son los efectos que tales incumplimientos del contrato social producen respecto del contrato mismo, porque es evidente que la continuidad de la relación jurídica existente entre el socio o accionista incumplidor y aquel que hubiere sufrido el perjuicio, debe quedar en entredicho, pues no existiría ya ninguna garantía de que el contrato de sociedad se vaya a seguir cumpliendo de buena fe.

36. RESOLUCIÓN DEL VÍNCULO QUE UNE A LOS ACCIONISTAS PERJUDICADOS CON LOS DEMÁS ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD. EFECTOS

Conforme al artículo 1489 del Código Civil, “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

Todo lo que se ha dicho que dice nuestro ordenamiento jurídico respecto a la obligación de los que hayan intervenido en el hecho ilícito de reintegrar al patrimonio social todas aquellas cantidades con que se vieron beneficiados producto de contratos celebrados con infracción a los artículos 44 y 89 de la Ley 18.046, o con infracción a lo dispuesto en el artículo 30 de la misma ley y artículo 1546 del Código Civil, corresponde claramente a lo que dispone el artículo 1489 de este cuerpo legal respecto a que el contratante diligente tiene el derecho a exigir el cumplimiento del contrato de sociedad, con indemnización de perjuicios.

Pero ¿qué ocurre con la segunda parte del referido artículo 1489, en orden a que el contratante diligente tiene el derecho alternativo de exigir la resolución del contrato? Es claro que nuestro ordenamiento jurídico no ha desarrollado tan prolíficamente los efectos de dicha alternativa para el contrato de sociedad como lo ha hecho respecto del cumplimiento de dicho contrato. Pero ¿tenía que hacerlo? ¿Puede significar esto que los socios o accionistas en un contrato de sociedad no pueden pedir la resolución por incumplimiento de las obligaciones del otro?

Pareciera que una conclusión en tal sentido es equivocada. A ella se oponen los siguientes argumentos:

El ordenamiento jurídico no ha reglamentado los efectos de la condición resolutoria tácita respecto de muchos contratos. Tampoco tendría por qué hacerlo dos veces dado que ya lo hizo el Código Civil en los artículos 1489 y siguientes.

El artículo 2101 del Código Civil establece que “si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o su industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho a dar la sociedad por disuelta”. Con ello está expresamente aplicando la condición resolutoria tácita, esto es, el artículo 1489, al caso de las sociedades.

El artículo 1489 del Código Civil tiene que recibir aplicación íntegra y no solo parcial, para el caso de las sociedades de cualquier clase o naturaleza. El contrato de sociedad ha sido concebido por el Código como un contrato bilateral, de manera que el legislador tuvo plena intención de aplicar dicha disposición al contrato de sociedad.

El artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas establece el derecho a retiro para el caso en que se adopten por la mayoría diversos tipos de acuerdos. El derecho a retiro es una suerte de resolución del vínculo que une al accionista con la sociedad y los demás accionistas. Este derecho de separación constituye un derecho establecido para la tutela del socio frente a la mayoría⁵¹. Entonces, si la voluntad del ordenamiento jurídico ha sido establecer este derecho a separación del accionista, para el caso del ejercicio de derechos legítimos por parte de los demás socios, cómo va a ser lógico concluir que ese mismo ordenamiento jurídico no establece un derecho similar para el caso de la comisión de ilícitos por parte de los demás socios.

La doctrina y la jurisprudencia extranjera reconoce el derecho a pedir la resolución del contrato de sociedad, con diversas variables y consecuencias, en el caso del incumplimiento de obligaciones por parte de otros socios o accionistas, siendo la legislación respecto de la cual escriben los respectivos tratadistas, en los aspectos que nos interesa, muy parecida a la nuestra⁵².

El hecho que la doctrina moderna haya dado nacimiento con posterioridad a la promulgación del Código Civil a una categoría especial de contratos denominados "plurilaterales", no implica, como que tampoco implica para estos, que la condición resolutoria tácita no le sea aplicable al contrato de sociedad. Cualquiera sea la clasificación aplicable a este contrato, lo cierto es que, siendo para el legislador un contrato bilateral, es indiscutible que pretendió también aplicar al contrato de sociedad la condición resolutoria tácita.

Respecto al contrato plurilateral, dentro de cuya categoría se encuentra para la doctrina moderna el contrato de sociedad, se ha dicho que este no es un contrato de eficacia personal, puesto que sus efectos no estriban principalmente en la creación de relaciones creditorias, sino en el establecimiento de un sujeto de derechos y de las relaciones de participación de sus miembros. Esta peculiaridad del contrato de sociedad hace que la definición de contrato bilateral no calce precisamente con la definición legislativa de los mismos, pues los diversos individuos que intervienen en el contrato de sociedad no se obligan "recíprocamente" los unos para con los otros, sino que todos ellos en una dirección común.

Pero el hecho que las partes en un contrato de sociedad no se obliguen "recíprocamente" no significa tampoco que no les pueda ser aplicable la condición resolutoria tácita. Esta última institución ha sido establecida fundamentalmente porque en estos contratos la causa de la obligación de una de las partes es, a su vez, el objeto de la obligación de la contraparte, de suerte que si una de ellas no cumple su obligación, la obligación de la contraparte carece de causa y, por ende, por una parte puede dar por resuelto el contrato (condición resolutoria tácita) y por la otra no se puede entender que ella ha incumplido si la otra no lo ha hecho (excepción de contrato no cumplido). Pero esto mismo que se dice que ocurre en un contrato bilateral, también ocurre en un contrato plurilateral, porque la causa de la obligación de uno de los socios es, sin duda, el cumplimiento de las obligaciones de los demás, de forma que, si estos no las cumplen, la obligación del socio queda, al igual que en los contratos bilaterales, sin causa o con causa atenuada.

De manera que las causas que justifican el establecimiento de la condición resolutoria tácita para los contratos bilaterales son las mismas que las justifican para los contratos plurilaterales.

⁵¹ ASCARELLI, Tulio: "Sociedades y Asociaciones Comerciales", Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1947, página 149.

⁵² RIPERT, Georges: "Tratado Elemental de Derecho Comercial". Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, tomo II, página 96, dice: "La resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones por una de las partes, opera en materia de sociedad como en todos los contratos sinalagmáticos (art. 1184, Cód. Civ.). La falta a la obligación de buena fe entre los contratantes, autoriza la disolución fundada en el artículo 1184 del Código Civil. De modo que la jurisprudencia la aplica a todas las sociedades, incluso a las de capitales".

Podría pensarse que lo dicho en el párrafo anterior justifica la resolución del contrato de sociedad, pero no únicamente la relación jurídica entre el socio y la sociedad. Sin embargo, tal observación es inexacta si se tiene en consideración que el que solicita la resolución solo puede obrar dentro del ámbito que abarcan sus derechos y no puede pretender que lo que obre en el ejercicio de los mismos, alcance también a otros accionistas que no desean los efectos de la resolución. Precisamente, el carácter plurilateral del contrato de sociedad, permite el establecimiento, dentro de una misma relación jurídica, de vínculos jurídicos independientes entre sí. Nuestro Código Civil reconoce la existencia de esta peculiar condición del contrato de sociedad al permitir la exclusión de un socio (artículo 2087) y que la sociedad pueda continuar no obstante el fallecimiento de uno de los socios (artículo 2103). También lo hace nuestro Código de Comercio, pues el artículo 379 establece que el retardo en la entrega del aporte, sea cual fuere la causa, autoriza a los asociados para excluir de la sociedad al socio moroso⁵³.

Por otra parte, lo que puede resultar complicado en los contratos plurilaterales es provocar la resolución del contrato de sociedad, en circunstancias que la participación del socio que pide la resolución puede que no resulte esencial al contrato mismo. Pero la participación de un socio solo es esencial en los contratos de sociedad *intuitu personae*, a saber, en la sociedad colectiva, en comandita simple y de responsabilidad limitada, nunca en una sociedad anónima. Lo que se resuelve en una sociedad anónima es el vínculo que une a los socios incumplidores con aquel que ha resultado perjudicado por los dichos incumplimientos, nunca el contrato de sociedad. La sociedad, qué duda cabe, puede disolverse por reunirse en una sola mano todas las participaciones sociales, pero eso no debe influir en lo primero.

Por otra parte, lo dicho precedentemente pareciera constituir un principio general en las sociedades anónimas, pues la falta de aportación de un accionista se sanciona con la exclusión del mismo, según lo dispone el artículo 17 de la ley del ramo y no así con la resolución del contrato.

Finalmente, la resolución del vínculo que une a uno de los socios con los demás, puede que se complique porque no es posible aplicar el efecto retroactivo de la condición resolutoria cumplida a los contratos que, como el de sociedad, son de tracto sucesivo. Principalmente, porque no es posible retrotraer materialmente las cosas al estado anterior a la celebración del contrato. Sin embargo, la doctrina hace mucho tiempo que ha solucionado este problema al sostener que, en los contratos de tracto sucesivo la resolución del mismo importa terminación del contrato o del vínculo que se pretende resolver, lo que importa únicamente negar el efecto retroactivo a la condición y no el efecto disolvente o liberatorio de la misma.

Con motivo de lo anterior, en nuestra opinión, los accionistas perjudicados tienen derecho a exigir que se les restituya el valor de sus acciones según un valor calculado mediante un procedimiento que pareciere justo aplicado a la fecha de la resolución del contrato, esto es, al momento inmediatamente anterior a la celebración de las actuaciones y contratos que infringieron el principio ya tantas veces mencionado, constatada por sentencia judicial.

37. LA RESOLUCIÓN SE PRONUNCIA CONTRA LOS ACCIONISTAS INCUMPLIDORES Y EN CONTRA LA SOCIEDAD

La resolución se pronuncia en contra de los accionistas involucrados en los actos contrarios a los artículos 44 y 89 de la Ley 18.046 o en contra de los accionistas que en el ejercicio del

⁵³ El mismo Ascarelli, obra citada, página 105, se dio cuenta del absurdo de producir la resolución del contrato de sociedad por incumplimiento de las obligaciones de los socios, en vez de resolver la relación jurídica individual entre el socio y la sociedad. Sostiene al respecto que la "falta de aportación por parte del socio no influye sobre la ulterior permanencia de la sociedad, sino solamente sobre la existencia del vínculo con respecto al socio singular. Creo -agrega- aplicable esta regla a los socios colectivos de las sociedades colectivas y comandita; también la falta de las aportaciones prometidas por estos da lugar a la disolución del vínculo social singular y no al de toda la sociedad: la consecuencia no contrasta con la importancia que, en un contrato de sociedad, adquieren los socios ilimitadamente responsables y lo demuestra la circunstancia de que en la hipótesis de la muerte, interdicción, quiebra, inhabilitación de un socio ilimitadamente responsable, el Código de Comercio sanciona desde luego, la disolución de la sociedad, pero prevé la posibilidad de continuación de la sociedad misma y la jurisprudencia considera que dicha continuación puede ser acordada aun después de haberse verificado la causa (muerte, quiebra, etc, del socio) de la disolución.

principio mayoritario, perjudicaron los derechos de otros accionistas y la sociedad. Pero, como se verá, se pronuncia también en contra la misma sociedad. Esto significa en la práctica que los demandados en el juicio de resolución serían, precisamente, estas personas naturales o jurídicas.

Se podría sostener que es extraño que la sociedad sea la demandada, cuando, por una parte, ella ha sido un mero instrumento en el incumplimiento de otros y, por otra, ella misma es un resultado jurídico del contrato que creó las obligaciones infringidas por lo que no puede ser considerada parte de una convención en la que ella no pudo consentir. Se podría agregar, también, que en el caso que el perjuicio se causara a la sociedad, la resolución se pronunciaría contra la persona que sufrió el daño, lo cual repugna a cualquier buen racionamiento o norma de justicia.

Frente a lo primero, debe concluirse que la sociedad pudo haber sido un instrumento para consumar el incumplimiento, pero los actos contrarios a las disposiciones citadas fueron celebrados por sus representantes e imputados directamente a ella como persona jurídica que es.

Frente a lo segundo, debe decirse que puede que la sociedad no haya sido parte al momento de celebrarse el contrato de sociedad, pero que ciertamente, como persona jurídica, se encuentra principalmente obligada a cumplir las obligaciones que derivan del contrato de sociedad a favor de los socios o accionistas. Si así no fuere, no vemos a quién debería demandarse por los dividendos impagos o por la cuota que le corresponda a cada accionista en una devolución de capital. No corresponde analizar cuál es el concepto de parte en una relación jurídica, pero lo que sí sabemos es que la sociedad era la obligada frente a los socios de no ejecutar o celebrar actos con sus personas relacionadas en condiciones contrarias a las que prevalecen habitualmente en el mercado; y que si se incumple dicha obligación, puede resolverse la relación jurídica que en ella estaba inmersa. También sabemos que la sociedad estaba obligada frente a los socios o accionistas a no consumar actos que perjudicaran los derechos derivados del contrato social. Para ello, los demás órganos de la sociedad distintos a la junta debería haberse negado a ejecutar un acto contrario a los estatutos y, al mismo tiempo, debería haber iniciado los procedimientos tendientes a corregir dicha infracción. Al haber actuado la sociedad en forma pasiva frente a un incumplimiento, se hizo cómplice del mismo.

Finalmente, frente a lo tercero, se debe afirmar que la sociedad es la forma que se dio una colectividad de individuos para actuar en la vida jurídica, pero que, al final, los que sufren el perjuicio son esos individuos y que, cualquier argumento formal tendiente a evitar que se apliquen las normas sustantivas del ordenamiento jurídico que acuden en su protección, constituye una equivocada interpretación de dichas normas sustantivas.

Lo que se pide es la resolución de tal relación jurídica nacida de un contrato bilateral como lo es, para nuestro Código Civil, el contrato de sociedad.

Abundando sobre esta materia, el artículo 30 de la ley de sociedades anónimas establece que los accionistas deben ejercer sus derechos respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas. La ley se refiere a los derechos de la sociedad, pero estos derechos de la sociedad son los que surgen para ella en virtud del contrato de sociedad, puesto que la ley no puede sino haberse referido a ellos dado que los demás derechos que pudiera tener en contra de los accionistas derivados de otras relaciones contractuales, no pueden estar reglamentados a propósito del contrato de sociedad sino a propósito de cada una de las respectivas relaciones. Entonces, tenemos que es la misma Ley 18.046 la que señala que la sociedad es titular de derechos en contra de los accionistas derivados del contrato de sociedad. Lo dicho no tiene nada de extraño si se piensa que la sociedad puede ser acreedora de sus socios por obligaciones de estos derivadas del contrato de sociedad, por ejemplo, la obligación de los socios de pagar los aportes comprometidos. De esto se sigue, entonces, que el contrato de sociedad genera una relación jurídica en la que intervienen los socios o accionistas entre sí, los accionistas con la sociedad y algunos accionistas y la sociedad con otros accionistas.

Todas estas relaciones jurídicas se generan por el contrato de sociedad y, al intervenir la sociedad como titular de derechos y obligaciones, es parte de ese contrato y, por ende, la resolución de esas relaciones jurídicas, por incumplimiento de las obligaciones de la sociedad, se pronuncia contra ella.

Se pronuncia también contra los accionistas que fueron autores, cómplices o encubridores de los actos contrarios a los artículos 44 y 89 de la Ley 18.045, porque las disposiciones contenidas en ellos son también obligaciones del contrato de sociedad.

38. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN FRENTE A LOS DEMÁS ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD QUE NO INTENTARON LA ACCIÓN RESOLUTORIA

Uno de los aspectos interesantes de considerar, son los efectos que la resolución del vínculo que une al accionista con la sociedad y con los demás accionistas provoca sobre los estos últimos, lo cuales son víctimas del incumplimiento contractual del accionista involucrado en los actos contrarios al artículo 44 y 89 de la Ley 18.046, al igual que el accionista que solicita la resolución.

Sobre este particular, debe decirse que esta resolución afecta a estos accionistas, pues se obligaría a la sociedad a restituir el aporte del accionista demandante, con lo que la sociedad se haría más pobre y, a través de ella, los demás accionistas de la sociedad. Este resultado se encuentra en conflicto con el principio de que ninguna resolución judicial puede afectar a nadie que no haya sido parte en el juicio ni menos podría dictarse en contra de personas que son o resultan ser absolutamente inocentes de cualquier incumplimiento contractual y, con mayor razón, si son también víctimas del mismo incumplimiento.

Pero como hemos sostenido precedentemente, la resolución se pronuncia contra la sociedad y los accionistas involucrados en los actos contrarios a los artículos 44 y 89 de la Ley 18.046, por el incumplimiento del contrato de sociedad. Por lo mismo, si todos ellos fueron causantes del incumplimiento, todos ellos serían responsables ante los demás accionistas no involucrados del empobrecimiento de la sociedad y, por consiguiente, serían responsables ante dichos accionistas de reponer a la sociedad el valor de lo que haya debido restituirse al socio o accionista que solicitó y obtuvo la resolución del vínculo que lo unía con dicha sociedad y los demás accionistas. En el fondo, esto quiere decir que los accionistas inocentes tendrían una acción en contra de los culpables para solicitar la indemnización de perjuicios pertinentes.