

"RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL CONTROLADOR DE
SOCIEDADES".

*Por; Felipe Vial Claro.
Abogado.*

1. PREAMBULO

Nuestra Sociedad ha presenciado la aparición de un nuevo agente económico, el controlador de sociedades, y junto a él el desarrollo de nuevas formas de comportamiento y organización de la actividad económica.

El derecho chileno no contiene disposiciones que lo definan, ni ha regulado las nuevas formas de comportamiento y de organización a que ha dado lugar.

De ellos predomina una concepción y explicación de carácter puramente económico, situación que parece haber permitido de un modo imperceptible el quebrantamiento de valores, costumbres, instituciones e incluso de disposiciones legales que rigen la convivencia social, y que condujo finalmente a intervenciones de la autoridad económica, cuyos efectos en la actividad económica son de todos conocidos.

Tales hechos son consecuencia del retardo de nuestra doctrina y jurisprudencia en asimilar, ordenar y sistematizar desde un punto de vista jurídico estas nuevas formas de comportamiento y organización económica, pues a mi juicio

existían disposiciones legales que habrían hecho posible encausar ese desarrollo de la actividad económica dentro de los valores, costumbres e instituciones consagrados por nuestro ordenamiento.

En ese orden de cosas, el presente trabajo pretende determinar la responsabilidad civil que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, corresponde al controlador, por los daños que experimentan socios, accionistas o terceros vinculados con la sociedad controlada a causa del ejercicio de su poder dominante sobre la dirección y administración de la misma.

La responsabilidad civil del controlador en el derecho comparado ha sido tratada desde diversos puntos de vista: como protección del derecho de las minorías de accionistas en el derecho de sociedades, como límite de la personalidad jurídica, y dentro del derecho de quiebras.

En nuestro país, como decíamos, no hay estudios jurídicos relativos al tema, no hay jurisprudencia y no se han dictado leyes que dispongan normas especiales sobre la materia.

El único antecedente en este sentido, el Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, que contemplaba disposiciones relativas específicamente al accionista controlador de una sociedad anónima, y cuyo texto en esta parte no llegó a ser ley, trataba la responsabilidad del controlador desde el punto de vista del derecho de sociedades anónimas.

El derecho chileno, sin embargo, no se agota en esta materia en el antecedente señalado precedentemente.

No se agota, básicamente, porque la responsabilidad del controlador es un problema civil.

La responsabilidad que emana para el controlador por el perjuicio causado en el ejercicio de su poder dominante sobre la dirección y administración de una sociedad, es en verdad una responsabilidad por el daño causado por un hecho propio del controlador, regida por normas del Código Civil, y es la misma tanto para el controlador de una sociedad anónima, abierta o cerrada, como para el controlador de una sociedad de responsabilidad limitada, de una sociedad en comandita, etc.

Es mucho más apropiado, además, el análisis de la responsabilidad del controlador desde el punto de vista de la responsabilidad civil, porque el controlador no siempre

tiene la calidad de socio o administrador titular de una sociedad y porque no se restringe la cuestión a un problema de protección del accionista minoritario o de un inversionista, sino por el contrario la extiende a todas las situaciones en las que el controlador pueda causar daño a terceros por el ejercicio de su poder dominante sobre una sociedad.

En este trabajo se pretende precisamente demostrar que el controlador, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, es responsable civil y extracontractualmente por los daños experimentados por socios, accionistas o terceros vinculados con la sociedad controlada a causa del ejercicio de su poder dominante sobre la dirección y administración de la misma.

El trabajo, en todo caso, no pretende bajo ningún respecto decir la última palabra, sino sólo establecer una orientación general sobre el juicio de responsabilidad y sobre los aspectos de ésta que merecen un mayor análisis.

La memoria consta de 3 partes: una introducción sobre la concentración de empresas y la definición de controlador y grupo económico; el análisis de la responsabilidad del controlador de sociedades; y una referencia a los aparentes obstáculos para hacer efectiva la responsabilidad civil del controlador.

Espero con lo anterior, haber precisado el alcance de este trabajo.

2. INTRODUCCION.

2.1. La concentración de empresas.

En el último siglo se ha producido una enorme concentración o agrupación de empresas y la creación de nuevas formas de organización de la actividad económica, con miras a conseguir objetivos que a cada una individualmente habría costado un mayor esfuerzo, un mayor riesgo o le habría sido imposible conseguir.

El crecimiento de los mercados, el interés de asegurarse dichos mercados, las necesidades derivadas de la investigación, de la tecnología, de racionalizar los procesos de producción y distribución, cubrir los riesgos de la inestabilidad de las economías en desarrollo, soslayar las

regulaciones jurídico económicas y la necesidad o interés de disponer de recursos, especialmente financieros, con la máxima flexibilidad y rapidez, ha ido forzando a las empresas a esa concentración o agrupación.

La concentración o agrupación de empresas, salvo la fusión, que no fue objeto de este estudio, se manifiesta siempre con dos caracteres.

En primer lugar, las empresas agrupadas se relacionan por estrechos vínculos, a la vez que permanecen independientes jurídicamente. (1)

En efecto, las empresas se relacionan entre sí por vínculos de diversa especie, naturaleza, intensidad y duración; vínculos de tipo económico, tales como políticas generales de financiamiento, de producción, de distribución, de competencia, de asesoría, flujos de insumos, etc.; vínculos de tipo jurídico, bajo formas típicas elaboradas por el derecho privado; o vínculos de otra naturaleza, constituidos informalmente, al amparo de situaciones de hecho que con el tiempo se han ido reconociendo o limitando. Pero en definitiva las empresas subsisten como personas jurídicamente independientes; cualquiera sea la intensidad del vínculo entre las empresas unidas, siempre quedará a salvo un último elemento diferenciador: aunque la empresa pierda su independencia económica y se vea gravemente afectada por acuerdos internos su independencia jurídica, frente a terceros subsiste la propia individualidad jurídica.

En segundo lugar, el centro de decisiones empresariales, radicado originalmente en el seno de la empresa, tiende a trasladarse, en mayor o menor medida, a entes externos a la misma. (2)

(1) Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, Séptima Edición, tomo I, pág. 619; Miguel Motos Guirao, Fusión de Sociedades Mercantiles, Primera Edición, pág. 91; Felipe de Solá Cañizares, Tratado de Derecho Comercial Comparado, Primera Edición, tomo III, pág. 96.

(2) Joaquín Garrigues, opus. cit. (1), tomo I, pág. 620 y 621; Miguel Motos Guirao, opus. cit. (1), pág. 6, 91 y 93; Francisco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción de Santiago Sentis Melendo, Primera Edición, tomo VI, pág. 15; Carlos Roberto Zannoni, Defensa de las Minorías en las Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Agosto 1974, Buenos Aires, pág. 449 y sgtes.

De alguna manera estos entes limitan la autonomía de las empresas y se colocan en situación de poder decidir por ellas y disponer de sus patrimonios.

Nuestro país, podríamos decir, tal vez por las reducidas dimensiones de su actividad económica durante muchas décadas, no participó en el origen y desarrollo de este fenómeno y por lo mismo estuvo al margen de los problemas causados por el mismo.

Sólo en estos últimos 20 años ha sido posible observar en nuestro país la formación de estas agrupaciones y apreciar algunos de los efectos de la concentración de empresas, tanto en materia económica como en el ámbito jurídico.

2.2. Tipos de concentración de empresas y sus fines.

La concentración o agrupación de empresas no se ha manifestado en formas precisas de organización.

El derecho comparado ha recogido y definido varias formas típicas de vinculación, pero está lejos de haber uniformado la terminología empleada con precisión y distinción. (3)

Por esa razón las formas de vinculación tipificadas muchas veces se confunden o sobreponen con otras y se hace difícil un tratamiento de algún modo sistemático.

No obstante, para los efectos de estudiar la responsabilidad civil del controlador por el ejercicio de su poder dominante sobre la dirección y administración de una sociedad, distinguiremos tipos de concentración de empresas por coordinación y por subordinación. (4)

(3) Joaquín Garrigues, opus, cit. (1), tomo I, pág. 620 y sgtes.; Felipe de Solá Cañizares, opus, cit. (1), tomo III, pág. 11, 15, 16, 26, 99 y sgtes, y 496 y sgtes.; Francisco Messineo, opus, cit. (2), tomo VI, pág. 15 y sgtes.; Isaac Halperin, Sociedades Comerciales, Primera Edición, pág. 150 y sgtes.; Sergio Le Pera, Cuestiones de Derecho Comercial Moderno, Primera Edición, pág. 230 y sgtes.

(4) La distinción entre concentración por coordinación y por subordinación se encuentra en varios autores: Joaquín Garrigues, opus. cit. (1), tomo I, pág. 622; Miguel Motos Guirao, opus. cit. (1), pág. 6; Francisco Messineo, opus. cit. (2), tomo VI, pág. 15 y 20.

A] Formas de coordinación.

En esta clase de formas, la concentración de empresas se produce por acuerdos de tipo contractual. Sus fines son predominantemente monopólicos.

Son de esta clase de formas:

a.1.) Cartel.

El cartel es un acuerdo entre empresas cuyo objeto es regular sus actividades o negocios o coordinar sus conductas, con miras a controlar o influir monopólicamente en el mercado.

El nombre lo utilizó Eugen Richter en una reunión del parlamento alemán en 1879, para caracterizar organizaciones de empresarios destinadas al control privado del mercado. Se difundió primero en Europa y en los Estados Unidos, y terminó por convertirse en una institución común en muchos países.

Supone la existencia de varias empresas, independientes o autónomas - las empresas no renuncian a su existencia comercial e industrial independiente -, y un convenio entre ellas, de carácter temporal, tendiente a la explotación orgánica del mercado de ciertos productos o servicios. Por su carácter temporal, los carteles no se constituyen normalmente como personas jurídicas.

El control del mercado se produce de muy variadas maneras: por la regulación de la producción, la regulación de la distribución, por el reparto de mercados, por regulaciones de las condiciones de precio y venta o del abastecimiento de mercados a través de la regulación de stocks, etc. (5)

a.2.) Consortio.

El consorcio es un acuerdo entre empresas, cuyo objeto es en términos generales disciplinar la actividad o negocio

(5) Sobre el cartel puede consultarse: Joaquín Garrigues, opus. cit. (1), tomo I, página 621; Felipe de Solá Cañizares, opus. cit. (1), tomo III, pág. 99 y sgtes., y pág. 495 y sgtes.; Francisco Messineo, opus. cit. (2), tomo VI, pág. 15 y sgtes.; Isaac Halperin, opus. cit. (3), pág. 150.

que ellas desarrollan a través de un órgano central permanente.

En Italia la expresión consorzi d'impresse tenía una significación análoga a la de cartel.

Hoy se distingue al consorcio del cartel por la existencia en el primero de un órgano central permanente, a cargo de la regulación o coordinación de las actividades de las empresas consorciadas, constituido por una oficina existente de hecho u organizada bajo la forma de una asociación o cuenta en participación o de una sociedad.

La regulación de la actividad económica a la que propende el consorcio, además, no tiene siempre la finalidad de influir monopolísticamente en el mercado. Su objeto muchas veces se restringe a la sola organización y disciplina de la producción de las empresas consorciadas. (6)

a.3.) Pool.

Los llamados pool o fondos comunes son formas de participación en los resultados de un negocio que acuerdan dos o más empresas.

Estos acuerdos se inspiran en el propósito de establecer entre las empresas una comunidad de intereses.

Los pool adoptan en la práctica diversas modalidades, según cuales son las condiciones en las que se quiere establecer la comunidad de intereses.

Entre los más corrientes tenemos aquellas en que se pone en común el resultado de una gestión, compartiendo riesgos y beneficios, sin formar una tercera sociedad. Es el caso, por ejemplo, de la participación recíproca en los capitales de las empresas involucradas. Dos empresarios sociales confían el uno al otro una cierta cantidad de sus propias acciones o derechos, de lo cual resulta que ambas empresas comparten los riesgos, beneficios y pérdidas de las respectivas gestiones.

Es corriente, también, la modalidad bajo la cual se establece un cointerés en las utilidades de una empresa, con

(6) Sobre el consorcio puede consultarse: Joaquín Garrigues, opus, cit. (1), tomo I, pág. 620; Felipe de Solá Cañizares, opus, cit. (1), tomo III, pág. 100 y sgtes.; Francisco Messineo, opus, cit. (2), tomo VI, pág. 16 y sgtes.

la exoneración de la participación en las pérdidas. Resulta concebible y se justifica en esta modalidad la referida exoneración, cuando una empresa financia a otra, a la que no cobra interés por las cantidades proporcionadas, participando a cambio en las utilidades de la misma sin necesidad de aportar capital. La participación en las utilidades en este caso, compensa el costo del préstamo que un empresario hace a otro.

Otra modalidad de pool es aquella en que una empresa adquiere la participación en las utilidades y pérdidas de otra, sin haber entregado ningún aporte. Motivan este tipo de pool, por ejemplo, el propósito de una empresa de eliminar la competencia o los efectos de ésta.

Es muy corriente también el pool en la actividad naviera, en el que se establece la participación común en el resultado de un tráfico a través de la asignación o el prorrateo de cuotas de cargas o fletes.

En éstas y en otras formas de pool, lo esencial lo constituye el poner en común los resultados de una gestión y su reparto en la forma convenida. (7)

B) Formas de subordinación.

En esta clase de formas, la concentración de empresas se produce por el dominio y control de la dirección y administración de una empresa por otra. Se producen, en general, con el objeto de integrar una empresa productora a una proveedora, de disminuir riesgos, de obtener recursos, etc., y admiten sin duda fines monopólicos.

Son de esta clase de formas:

b.1.) Contratos de empresa.

Son acuerdos entre empresas de variadas clases y objetos, que se caracterizan, en general, porque por ellos se somete jurídicamente una empresa a la administración de otra por un tiempo determinado.

La doctrina se ha referido, en particular, a los contratos de empresa que se mencionan en adelante.

(7) Sobre el pool puede consultarse: Felipe de Solá Cañizares, opus. cit. (1), tomo III, pág. 101; Francisco Messineo, opus. cit. (2), tomo VI, pág. 20 y sgtes.

El contrato de dominación o dirección, por el cual una empresa que se encuentra bajo la influencia dominante de otra, sea por participación mayoritaria, por la vía del nombramiento de administradores u otro mecanismo, acuerda sujetar su dirección a esta última. La empresa dominante adquiere el derecho a dar instrucciones o directivas al directorio de la dominada y ésta adquiere la obligación de acatarlas, aunque sean perjudiciales para la sociedad.

El contrato de transferencia de utilidades, por el cual una empresa se obliga respecto de otra a transferirle toda o parte de sus utilidades, las utilidades de uno o más de sus establecimientos, o a transferir las utilidades a un pool o fondo común.

El contrato de arrendamiento de hacienda, por el cual una sociedad cede o entrega en arrendamiento la empresa o un establecimiento a otra, con la condición de mantener una participación de las utilidades.

El contrato de administración, por el cual una sociedad encarga a otra su administración por un determinado período a cambio de una retribución.

Estos contratos en el derecho comparado están normalmente reglamentados, son solemnes, se exige entre otras cosas quórum especial de la sociedad que subordina su administración a otra, y van unidos a una profusa reglamentación de los derechos de los socios minoritarios y a la obligación de reparar los perjuicios causados por la gestión. (8)

b.2.) Sindicación de acciones o acuerdos de socios.

Se trata de acuerdos celebrados entre los socios de una sociedad, por el cual éstos se comprometen a hacer valer su voluntad colectivamente o establecen pautas para dirigir la marcha de la sociedad, su organización y funcionamiento, y se comprometen además a no enajenar sus acciones sino en la forma convenida, todo con miras a influir en la organización, giro o disolución del ente.

Según sus finalidades los sindicatos más corrientes son el sindicato de mando que asegura el número de votos neces-

(8) Sobre los contratos de empresa puede consultarse: Joaquín Garrigues, opus. cit, (1), tomo I, pág. 622; Felipe de Solá Cañizares, opus. cit. (1), tomo III, pág. 97; Sergio Le Pera, opus. cit. (3), pág. 148 y sgtes., 235 y 242 y sgtes; Aktiengesetz alemana de 1965.

rio para obtener la mayoría de la asamblea; el sindicato de control, que tiene por objeto controlar la administración del ente; el sindicato de bloqueo, que restringe la enajenación de acciones y obliga a conservarlas durante cierto tiempo; el sindicato financiero de colocación de títulos, de resistencia y especulación y otros sobre los cuales no corresponde extenderse en esta oportunidad. (9)

b.3.) Trust.

El trust en términos estrictamente jurídicos es una institución parecida a la propiedad fiduciaria, en virtud de la cual el propietario hace entrega de la propiedad de un bien a un administrador, afectada para que su gestión se realice con una finalidad determinada, conservando la propiedad sobre los beneficios que dichos bienes puedan producir.

Se separa la propiedad del bien, la cual se confía a un administrador, de la propiedad de los beneficios, que conserva aquél en cuyo interés el administrador debe actuar.

Hoy se denomina también con el término trust la concentración de capital y empresas que, a través de esta forma jurídica, se forma con el preciso objeto de limitar la libre competencia. Desde que Cornelius Vanderbilt utilizó la figura del trust para formar el monopolio de los ferrocarriles y Nelson Rockefeller, con la Standard Oil Co., el monopolio del mercado del petróleo, el término trust comenzó a ser utilizado por la legislación, la jurisprudencia, la ciencia económica y en el lenguaje vulgar, para referirse simplemente a la situación de monopolio del mercado. En tal sentido tomó el término la Federal Sherman Act en 1890, la Clayton Act de 1914 y otras disposiciones posteriores que forman lo que se denomina en Estados Unidos la legislación antitrust. (10)

(9) Sobre la sindicación de acciones puede consultarse: Francisco Messineo, opus. cit.(2), tomo VI, pág. 34 y sgtes.; Mabel F. Mirkin y Eduardo Chehtman, Sindicación de Acciones, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Febrero de 1974, Buenos Aires, pág. 61 y sgtes.; Sergio Le Pera, opus. cit. (3), pág. 234 y sgtes.

(10) Sobre el trust puede consultarse: Joaquín Garrigues, opus. cit.(1), tomo I, pág. 620 y sgtes.; Felipe de Solá Cañizares, opus. cit.(1), tomo III, pág. 15 y sgtes., 26, 28, 29, 32, 97, 98, 102 y sgtes., y pág. 495 y sgtes.; Francisco Messineo, opus. cit.(2), tomo VI, pág. 34; Sergio Le Pera, opus. cit.(3), pág. 234 y sgtes.

b.4.) Holding.

Se denomina holding, en un sentido amplio, a las sociedades cuyo objeto es adquirir títulos emitidos por otras sociedades y cuyos activos están constituidos por valores mobiliarios. Dentro de este amplio concepto quedan incluidas las sociedades de control, que tienen por objeto el control, dominio, manejo o dirección de la administración de otra sociedad; las sociedades de inversión, que tienen por objeto la renta y división de riesgos; y las sociedades de financiamiento, que tienen por objeto financiar otras empresas.

En un sentido restringido, por el contrario, sentido que vulgarmente se le da, se entiende por holding sólo a las sociedades de control.

Las sociedades compradoras de títulos de sociedades tuvieron su origen en Escocia e Inglaterra, donde su objeto era única y exclusivamente obtener una renta, pero se desarrollaron principalmente en Estados Unidos de América con el objeto de controlar la dirección y administración de otras sociedades.

En efecto, en Estados Unidos de América, hasta 1870, la participación de una sociedad en otra sociedad estuvo limitada, de tal forma que sólo era posible adquirir derechos en una sociedad previa autorización, en la que la autoridad establecía el porcentaje admitido. Ese año, el Estado de Pensylvania levantó por vía administrativa la limitación en favor de ciertas sociedades, entre las que se encontraba la Pensylvania Company. La decisión fue seguida en varios estados de los Estados Unidos de América, fenómeno en el cual tuvo particular importancia la Ley de 1888 del Estado de New Jersey, que permitió con carácter general la posibilidad de una sociedad de participar en otras sociedades.

Sólo dos años más tarde, en 1890, la Federal Sherman Act prohibió los trust y cartel como formas típicamente monopólicas, prohibición que fue burlada a través de la formación de holdings que, en forma mucho más eficaz, producían el mismo efecto de influir monopólicamente en el mercado.

El holding permitía con un pequeño capital adquirir de una sociedad el porcentaje suficiente de su capital necesario para asegurar su dominio y dirección, por una parte, y por la otra, aseguraba la independencia jurídica del controlador y la sociedad controlada.

La Suprema Corte Federal, en los casos conocidos como de la Standard Oil Co., American Tobacco Company y de la Northern Securities, se pronunció en contra de los holdings en cuanto fueran formas para encubrir un trust o un cartel. Y esta jurisprudencia fue confirmada legislativamente, en 1914, por la Clayton Act, que prohibió el holding sólo como instrumento tendiente a constituir un monopolio.

El holding propiamente tal, como institución, sin embargo, no fue prohibido, y por el contrario se consagró su legitimidad como ente destinado a controlar la dirección y administración de otras sociedades.

De ahí que el holding adquiriera la connotación de sociedad de control, aquélla cuyo objeto es adquirir títulos emitidos o participar en el capital de otras sociedades y, por esa u otra vía, adquirir y mantener el dominio y control de la dirección y administración de otra sociedad. (11)

Las formas de subordinación que hemos visto dan origen a lo que se ha denominado grupo o grupo económico, organización económica que no tiene una estructura jurídica determinada y en la que una o más empresas se encuentran subordinadas a un controlador.

3. EL CONTROLADOR.

3.1. La sociedad y el controlador.

Desde hace tiempo la empresa ha dejado de ser una actividad vinculada a un individuo y ha llegado casi a confundirse con la forma societaria.

La sociedad en ese orden de cosas ha jugado un rol de enorme importancia. Al tener determinados en la ley una estructura interna tipo, reglas de funcionamiento, los derechos y obligaciones de los socios y al serle atribuida por disposición de la ley personalidad jurídica propia, la sociedad ha constituido un instrumento simple y eficaz para efectuar el tráfico jurídico de buena fe y ha permitido a los individuos participar en la vida jurídica y comercial en una forma independiente de la personal.

(11) Sobre el holding puede consultarse: Joaquín Garrigues, opus. cit.(1), tomo I, página 621, 623 y sgtes sobre sociedades filiales; Felipe de Solá Cañizares, opus. cit.(1), tomo III, pág. 104 y sgtes y 495 y sgtes; Isaac Halperin, opus. cit.(3), pág. 150; Sergio Le Pera, opus. cit.(3), pág. 242.

La posibilidad de limitar la responsabilidad de los socios, por la vía de organizarse como una sociedad anónima, en comandita o de responsabilidad limitada, más aún, ha hecho de la sociedad un ente imprescindible en la actividad económica.

Con el tiempo, sin embargo, tal vez por el crecimiento de las empresas, la inestabilidad de las economías, razones especulativas o simplemente la falta o alto costo del capital, se han introducido prácticas anormales y se ha desnaturalizado en mayor o menor medida la figura societaria.

En efecto, el poder de dirección y administración de la sociedad, radicado originalmente en cada uno de los socios en proporción a sus derechos en la sociedad, se establece de hecho en un grupo de socios que domina y controla esa dirección y administración y los restantes pierden el poder que teóricamente les confiere la ley, quedan sin fuerza, reducidos a la condición de meros inversionistas. La dirección y administración de la sociedad se independiza de las deliberaciones provenientes de socios que no tengan suficiente dominio y control sobre ella. (12)

Este fenómeno se manifiesta de un modo distinto en las sociedades abiertas y en las cerradas. (13)

En las sociedades abiertas, aquéllas en que participan terceros extraños al interés de los controladores, normalmente se aprecia este fenómeno por la existencia de dos grupos. Uno, de socios muy divididos en número y capital, generalmente la mayoría y por ende anónimos. Y otro, conformado por socios organizados, con un interés común, normalmente la minoría, que se las ingenia para designar los miembros de los órganos de la sociedad. Estos últimos dominan y controlan la dirección y administración de la sociedad, no obstante representar una minoría tanto de socios como del capital de la misma.

(12) Carlos Roberto Zannoni, opus. cit.(2), pág. 450; Sergio Le Pera, opus. cit.(3), pág. 134.

(13) Los términos sociedades abiertas y cerradas no están tomados en el significado que les da la Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, publicada en el Diario Oficial N° 31.096 de 22 de Octubre de 1981, art. 2°, sino para diferenciar las sociedades en las que participan terceros extraños al constituyente o controlador de aquellas sociedades de las que son dueños un círculo cerrado de personas. Ver en tal sentido Francisco Messineo, opus. cit.(2), tomo VI, pág. 25; Carlos Roberto Zannoni, opus. cit.(2), pág. 450 y sgtes.

En las sociedades cerradas, aquéllas en las que no participan terceros extraños al interés de los controladores, puede producirse este fenómeno de la misma forma, muy corriente cuando entre los asociados existe una relación de familia. Pero lo normal en la gran mayoría de los casos, es que se aprecie el fenómeno de desnaturalización de la figura societaria en una instrumentalización de la sociedad, de la persona jurídica y responsabilidad limitada, para obtener fines que exceden de los fines propios de la sociedad o de los fines generales de la figura societaria aceptados por el ordenamiento jurídico. En este último caso, la estructura interna, los órganos y las decisiones no son sino una mera formalidad con la que se revisten las decisiones adoptadas por el principal y verdaderamente único socio o socios. El otro socio o socios pueden ser mandatarios, prestanombres o testaferros, o una sociedad fiduciaria que, o no tienen verdadero interés, no aportan ni participan, o representan el mismo interés del principal socio.

Más aún, la dirección de la sociedad a veces está en manos de personas que ni siquiera son sus socios y que pueden ejercer su influencia indirectamente, por la existencia de dependencia financiera, préstamos condicionados, contratos de administración, sindicaciones de acciones, etc.

El sujeto protagonista de este fenómeno es al que se llama controlador, socio controlador o accionista controlador. (14)

3.2. Controlador.

- Quién controla una sociedad - , no es una cuestión que pueda determinarse simplemente por la participación en el capital. El controlador en tal caso podría definirse a partir de una situación de derecho, como es la propiedad de derechos o acciones de una sociedad, sin mayor dificultad. El control es también el resultado de situaciones de facto, lo que hace la definición del controlador algo complejo.

El controlador es la persona que ha adquirido y mantiene el dominio y control de la dirección y administra-

(14) Escogí el término controlador para designar al sujeto del que trata este trabajo, porque ya es de uso bastante común y porque designa con propiedad la relación que lo vincula a las sociedades subordinadas. El Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas del Ministro de Hacienda Sergio de Castro S., en su artículo 30, se refiere al accionista controlador.

ción de una sociedad. (15)

El controlador es una persona, natural o jurídica. Es perfectamente concebible que una y otra clase de personas posea el poder que esa calidad admite, y ejerza ese poder dominante sobre la sociedad controlada. Se tiende a pensar que finalmente el dominio y control lo mantienen personas naturales, tal vez por la experiencia en nuestro medio, en

el que el controlador normalmente se ha identificado con determinadas personas naturales. Pero pensemos por un instante en la existencia de grandes empresas bancarias o transnacionales que tienen la calidad de controladores, tras de las cuales hay tal número de socios y un tan complejo sistema administrativo que es difícil concebir la existencia de una sola persona natural que domine y controle las referidas empresas.

El objeto del control es siempre una persona jurídica, normalmente una sociedad, un sujeto centro de derechos y obligaciones al que el ordenamiento jurídico le atribuye existencia independiente.

El controlador, por último, ha adquirido y mantiene, por sí o por terceros, el dominio y control sobre la dirección y administración de la sociedad y en definitiva el poder de intervenir en ella determinando la voluntad social.

En efecto, el controlador adquiere y mantiene el dominio y control de la persona jurídica, actuando sobre los órganos encargados de la dirección y administración de la misma, sobre las personas que lo integran, que en definitiva son quienes generan o conforman la voluntad social. (16)

(15) Al decir adquirir y mantener, quiero significar sólo que el sujeto está en posesión del dominio y control, sin necesidad de que lo ejerza. Al hablar de dominio y control, me refiero a una situación real de poder de disponibilidad de medios, de cualquier clase, jurídicos, económicos, políticos, culturales, etc., para mandar, organizar y disponer. Y al referirme a la dirección y administración de la sociedad, sólo persigo cubrir todos los estratos de la voluntad social.

(16) Francisco Messineo, opus. cit.(2), tomo VI, pág. 15, 19 y 20; Gaspar Ariño Ortiz, La Empresa Pública, publicado en obra El Modelo Económico en la Constitución Española, Primera Edición, volumen 2, pág. 144 y sgtes., especialmente 149, 150, 164, 165, 168 y 169; L.C.B. Gower, The Principles of Modern Company Law, Third Edition, pág. 196, 197 y 198; Sergio Le Pera, opus. cit.(3), pág. 233 y sgtes.

El controlador puede tener poder para determinar la voluntad social tanto en el nivel de socios, como en el nivel de directores y administradores.

Puede tener poder para determinar la voluntad social a nivel de socios por la posesión de derechos o acciones en la sociedad, en forma permanente o temporal, por sí o por terceras personas, sean personas naturales, como mandatarios, familiares, gente de confianza del controlador, o personas jurídicas, como sociedades mandatarias o fiduciarias, o sociedades que el mismo controlador, por sí o por terceras personas, de cualquier forma, controla; por la posesión de poderes de parte de socios; por encargos fiduciarios; por acuerdos de votos o sindicación de acciones; por préstamos condicionados, etc. Este poder permite al controlador designar directores o administradores de la sociedad y, también, alterar el giro de la misma, modificar sus estatutos, etc.

Puede tener poder para determinar la voluntad social a nivel de directores y administradores por la posesión de cargos de dirección y administración de la sociedad, sea personalmente o por intermedio de ~~terceras personas~~, sean personas naturales, como mandatarios, familiares, gente de confianza del controlador, o personas jurídicas, como sociedades mandatarias o fiduciarias, o sociedades que el mismo controlador, por sí o por terceras personas, de cualquier forma, controla; por tener la posibilidad de remover y designar nuevos directores y administradores como hemos visto; por la celebración de contratos entre empresas, como por ejemplo contratos de dominación, de administración, etc. Este poder permite al controlador designar administradores, gerentes o ejecutivos, determinar las políticas de la sociedad, conducir su administración de una determinada manera y disponer de su patrimonio, activos y pasivos.

Esta posibilidad de intervenir en la determinación de la voluntad social permite al controlador, en el actual estado de nuestro derecho, subordinar de hecho a los órganos, a sus integrantes y en definitiva a la sociedad, a su propia voluntad.

El dominio y control es precisamente esa situación de subordinación de una sociedad a una persona, aquélla que coloca a una persona en situación de ejercer su poder dominante, de influir como un dueño, en la dirección, determinación de políticas financieras, operacionales, administrativas, jurídicas, etc, de la sociedad y en la administración y disposición de su patrimonio, de sus

activos y pasivos. (17)

Y es esta misma situación la que permite atribuirle a una persona la calidad de controlador.

La presencia directa del controlador, es a veces sustituida por la presencia de terceras personas que mantienen el dominio y control de una sociedad por cuenta del primero.

El controlador en tal caso es siempre el mismo, sólo que su determinación se hace más difícil por la interposición entre él y la sociedad controlada de una o una cadena de personas relacionadas entre sí por vínculos de las más diversas naturalezas. (18)

Cuando la persona interpuesta es una persona jurídica, ella será una sociedad que actúa por un mandato o un encargo fiduciario del controlador o, lo que será más corriente, una sociedad que se encuentra a su vez, directa o indirectamente,

(17) Se refiere al poder de disponibilidad, poder dominante o poder de ejercicio de la empresa Antonio Polo, Empresa y Sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues, publicado en obra Estudios en Homenaje a Joaquín Garrigues, volumen I, pág. 347. La ley chilena reconoce este poder en diversas disposiciones: Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 86 y 87; Decreto Ley 1939, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del estado, publicado en el Diario Oficial N°20.908 de fecha 10 de Noviembre de 1977, art. 7 y 8; Decreto Ley 824, que contiene la ley de la renta, publicado en el Diario Oficial N°29.041 de 31 de Diciembre de 1974, art. 31 N°6. Nuestros tribunales, si bien de un modo provisional, también han reconocido este poder, como consta en autos de reos dictados por los ministros Adolfo Bañados, publicado en Diario La Segunda de 21 de Noviembre de 1983, y Hernán Cereceda, publicado en Diario La Segunda de 6 de Marzo de 1984. La autoridad administrativa también ha reconocido este poder, como consta de las circulares de la Superintendencia de Valores y Seguros Nos.103 y 109 de 1981, Nos.142, 165, 218, 239 y 240 de 1982, y de oficio de la Dirección Nacional de Impuestos Internos, 3619, de 16 de Junio de 1980. Por último, este poder también ha sido reconocido en convenios entre acreedores y deudores, como por ejemplo, en el Convenio Promotora General Progresá Limitada y otros, Inversiones San Fernando S.A. y otros, publicado en Revista Estrategia, semana del 8 al 14 de Octubre de 1984.

(18) La interposición de personas es considerada en tal sentido en la Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit.

bajo el dominio y control del controlador. Como según hemos visto la voluntad social de la sociedad interpuesta es determinada por el controlador, a través de ella puede a su vez determinar la voluntad de la sociedad controlada. Y así, el controlador puede dominar y controlar sucesiva e indefinidamente sociedades a través de sociedades interpuestas.

Cuando la persona interpuesta es una persona natural, se tratará siempre de mandatarios, familiares o gente de confianza del controlador, directores, gerentes o ejecutivos de otras empresas del controlador, incluso sociedades controladas por los anteriores, de modo que permita eventualmente el ejercicio sin obstáculos de su poder dominante sobre la sociedad controlada.

Los vínculos pueden llegar a ser muy sutiles, pero entre el controlador y el tercero interpuesto existirá siempre una relación de dependencia o subordinación de hecho, que coloque al primero en situación de dar instrucciones y de ese modo ejercer eventualmente su poder dominante sobre la sociedad controlada. (19)

El controlador en tales casos aparece como la cabeza superior de la cadena, la autoridad máxima de esa sucesión de controladores subordinados, de un modo que evoca el orden jerárquico.

3.3. Grupo.

El controlador, en la forma descrita, subordina a una o más empresas y da origen a una organización económica que no tiene una estructura jurídica determinada y que ha sido

(13), especialmente sus art. 86 y 87; Decreto Ley 1.939, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del estado, cit. (17), art. 7 y 8; Decreto 587 de Hacienda, que contiene el Reglamento de Sociedades Anónimas, publicado en el Diario Oficial N°31.416 de 13 de Noviembre de 1982, art. 100 y 101. La interposición de personas también ha sido prevista por la autoridad: Superintendencia de Valores y Seguros, circulares Nos. 103, 109, 142, 165, 218, 239 y 240, cit. (17); Dirección Nacional de Impuestos Internos, oficio 3619, cit. (17).

(19) Joaquín Garrigues, opus cit. (1), tomo I, pág. 623; L.C.B. Gower, opus cit. (16), pág. 197 y 198; Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 147, 148 y 246.

denominada grupo o grupo económico. (20)

El grupo es una organización que auna o relaciona, en torno a un controlador común, a un conjunto de empresarios o administradores y a un conjunto de empresas, normalmente con el propósito de integrar empresas correspondientes a diversas faces del proceso de producción de un bien o servicio, de diversificar inversiones en diferentes actividades y mercados, y eventualmente de suplir la escasez y reducir el costo de los insumos, particularmente del capital y recursos financieros. (21)

Esta organización económica está constituida por tres elementos perfectamente definibles: los principales propietarios o controladores, las empresas y la existencia de control. a.) Los principales propietarios o controladores.

En todo grupo económico existen una o varias personas, normalmente personas naturales, que es posible calificarlas como sus principales propietarios o controladores y que aparecen ante el público como la cabeza del grupo. (22)

Porque normalmente son propietarios de parte importante de los derechos o acciones de las sociedades de inversión, productivas y de servicios que aglomera el grupo, directa o indirectamente, y en todo caso porque mantienen, directa o indirectamente, el dominio y control de la dirección y administración de cada una de ellas.

(20) El término grupo o grupo económico ya es de uso común. En todo caso se refieren a él: Ministro H. Cereceda y A. Bañados, autos de reo, cit.(17); L.C.B. Gower, opus cit.(16), pág.195, 199,213 y sgtes.; Francesco Messineo, opus cit. (2), tomo VI, pág. 15, 19 y sgtes.; Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 133 y sgtes. y 230 y sgtes.; Nathaniel H. Leff, Los Grupos Económicos, traducción de artículo publicado en revista Economic Development and Cultural Change, volumen 26, N°4 de 1978, publicada en revista Estudios Públicos, de 1984, pág.207 y sgtes.; Jaime L. Araya, Los Grupos de Interés Económico del Derecho Francés, Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, N°29 de 1972, pág. 589 y sgtes.; Jean Guyénot, Los Grupos de Interés Económico y el Derecho de las Sociedades Comerciales, Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, N°44 de 1975, pág. 189 y sgtes. Como términos equivalentes se utilizan Konzern o Concerno: Joaquín Garrigues, opus cit.(1), tomo I, pág. 620-622; Felipe de Solá Cañizares, opus cit. (1), tomo III, pág. 101 y sgtes. y 500 y sgtes.

(21) Nathaniel H. Leff, opus cit.(20), pág.207; Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 231; Felipe de Solá Cañizares, opus cit. (1), tomo III, pág.102; Francesco Messineo, opus cit. (2), pág. 19.

(22) Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 232 y 233; Nathaniel H. Leff, opus cit. (20), pág. 210; Francesco Messineo, opus cit. (2), pág. 15 y 19.

Estas personas están en condiciones de ejercer dicho dominio y control, y de ese modo manejar de hecho la actividad de cada una de las empresas agrupadas. (23)

b.) Conglomerado empresarial.

Está constituido por un conjunto de empresas de inversión, productivas y de servicios, que operan en múltiples mercados, vinculadas entre sí por una estrategia global de inversión, integración o financiamiento y relacionadas por un controlador común. (24)

Cualquiera sea la clase o intensidad del vínculo existente entre las empresas, sin embargo, cada una conserva su propia individualidad jurídica. (25)

Cada empresa se organiza jurídicamente como una sociedad, sea anónima, en comandita o de responsabilidad limitada, a la que la ley atribuye personalidad jurídica propia y distinta de la de sus socios. (26)

De esto modo, se crean nuevos sujetos, nuevos centros de derecho y obligaciones, nuevos patrimonios, con activos y pasivos propios; separados e independientes absolutamente del patrimonio de cada uno de sus miembros. La responsabilidad limitada permite a los controladores de una sociedad desligarse de los resultados del giro o negocio que emprenden. Y a la vez por la posibilidad de designar a los miembros de los órganos administrativos de la sociedad, permite a los controladores mantener el dominio y control sobre su

(23) No sería necesario que ejerzan su dominio y control, para considerar que en la especie existe un grupo.

(24) Francesco Messineo, opus cit. (2), tomo VI, pág. 19; Joaquín Garrigues, opus cit. (1), tomo I, pág. 621; Felipe de Solá Cañizares, opus cit. (1), tomo III, pág. 102 y 500; Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 134, 135, 136, 148, 150, 230 y sgtes. A diferencia de los anteriores, Nathaniel H. Leff, opus cit. (20), pág. 210 y 216, habla de una gran empresa con compañías múltiples.

(25) Francesco Messineo, opus cit. (2), tomo VI, pág. 19 y 34; Joaquín Garrigues, opus cit. (1), tomo I, pág. 621; Felipe de Solá Cañizares, opus cit. (1), tomo III, pág. 102 y 500; E. J. Cohn y C. Simitis, "Lifting the veil" in the Company Laws of the European Continents, International and Comparative Law Quarterly, volumen 12 de Enero de 1963, pág. 198.

(26) Se refiere de un modo especialmente claro Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 135 y 258 y sgtes.

dirección y administración y eventualmente determinar su voluntad.

La forma societaria, como vemos, aparece completamente superada por esta forma de organización industrial. La sociedad pasa a ser un miembro o componente de esta agrupación de hecho y controlada por voluntades externas. Sin embargo, se mantiene como el principal instrumento del que se valen los grupos para estructurar su organización. (27)

c.) Existencia de control.

La existencia de control es la esencia de esta forma de organización económica. (28)

En efecto, las empresas que forman parte del conglomerado empresarial están vinculadas jurídicamente de tal manera que unas dependen de otras y en definitiva el dominio y control sobre la dirección y administración de todas y cada una de ellas es mantenido por una o varias personas, como sus principales propietarios o controladores, directamente o indirectamente a través de terceras personas.

Los principales propietarios o controladores están en condiciones de ejercer dicho dominio y control, de influir como dueños en la dirección, determinación de políticas financieras, operacionales, administrativas, jurídicas, etc., de cada sociedad, y en la administración y disposición de sus patrimonios, activos y pasivos, y de ese modo manejar de hecho la actividad de cada una de las empresas agrupadas.

El control, según hemos visto, se produce por muy diversas formas de subordinación: por la posesión de derechos o acciones en la sociedad, por sí o a través de terceros; por la posesión de poderes de parte de socios; por encargos fiduciarios o mediante trust; por acuerdos de votos o sindicación de acciones; por la posesión de cargos de dirección y administración de la sociedad; por préstamos condicionados; por la celebración

(27) Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 258.

(28) Francesco Messineo, opus cit. (2), tomo VI, pág. 15 y 20; Joaquín Garrigues, opus cit. (1), tomo I, pág. 622; Nathaniel H. Leff, opus cit. (20), pág. 210; Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 233 y 237; L. C. B. Gower, opus cit. (16), pág. 196, 197, 198, 207 y 208; E. J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (25), pág. 198 y 217.

de contratos entre empresas, como por ejemplo contratos de dominación, de administración, etc.

En la medida en que ese dominio y control es ejercido, actualizado, el control se manifiesta en una dirección y administración común, de la cual son una manifestación los departamentos de estudios, asesorías financieras, contables o jurídicas comunes, las sesiones comunes de directorios de diversas empresas, **la existencia de directores o administradores comunes,** etc. (29)

Esta particular conformación del grupo económico - la existencia de varias empresas con un patrimonio propio e independiente y responsabilidad limitada y de un único controlador de todas ellas - permite al controlador en mayor o menor medida superar a nivel empresarial las dificultades derivadas de la ausencia de mercados perfectos, del riesgo propio de los negocios, o de la incertidumbre de la inestabilidad económica de un país, dificultades que muchas veces impiden el ejercicio de una actividad empresarial o lo hacen extremadamente riesgoso o dependiente.

En efecto, las estrategias más globales y típicas del grupo son el equilibrio de la cartera de inversiones, la integración de empresas correspondientes a diversas faces del proceso de producción de un bien o servicio y eventualmente suplir la escasez o reducir los costos de los recursos, particularmente del capital y recursos financieros. (30)

El grupo permite diversificar las inversiones en diferentes actividades y mercados a través de la formación de múltiples sociedades con objetos muy precisos y de ese modo reducir los efectos de los ciclos y riesgos propios de cada negocio. Es sin duda el modo más conveniente para llevar negocios separados y para dividir empresarialmente el trabajo.

El grupo permite establecer canales de integración para controlar completamente el proceso de producción de un bien o servicio, obviando las irregularidades de un mercado pequeño o controlado monopólicamente o bien supliendo la ausencia de

(29) Francesco Messineo, opus cit. (2), tomo VI, pág. 15, 19 y 20; Joaquín Garrigues, opus cit. (1), tomo I, pág. 621; Felipe de Solá Cañizares, opus cit (1), tomo III, pág. 102 y 500; Sergio Le Pera, opus cit (3), pág. 233, 237 y 239.

(30) Nathaniel H. Leff, opus cit. (20), pág. 214 y sgtes.; Francesco Messineo, opus cit. (2), tomo VI, pág. 15 y 19.

mercados rutinarios y en tal caso obteniendo utilidades marginales producto del ejercicio de actividades no desarrolladas antes por otros empresarios.

El grupo permite, además, suplir la escasez o reducir los costos de los insumos, particularmente del capital y recursos financieros, puesto que hace posible la aplicación de políticas financieras centralizadas respecto de varias empresas y permite de hecho la rápida, flexible e informal circulación de recursos entre las empresas agrupadas.

La misma conformación del grupo económico, además, en la medida en que se realicen transacciones entre las empresas agrupadas, permite condiciones inmejorables de seguridad, estabilidad y confianza en la comercialización de sus bienes y servicios, y se traduce en una enorme economía especialmente de espíritu empresarial. (31)

El controlador, en tales términos, se ha constituido en un agente económico de enorme importancia, que naturalmente no está exento de la posibilidad de causar daños a terceros en el ejercicio de su actividad.

Es el controlador el sujeto a cuya responsabilidad nos referimos en los capítulos siguientes.

4. RESPONSABILIDAD DEL CONTROLADOR POR EL EJERCICIO DE PODER DOMINANTE SOBRE UNA SOCIEDAD.

4.1. Planteamiento del problema.

Vimos que el controlador mantiene el dominio y control de la dirección y administración de la sociedad controlada, un estado de subordinación del órgano y en definitiva de la voluntad social, que lo coloca en la situación de poder dirigir y administrar la sociedad como si fuera dueño.

En la medida que el controlador hace efectivo ese dominio y control, en la medida que comience a dirigir y administrar la sociedad como si fuera dueño, ejerce poder dominante. (32)

El ejercicio de poder dominante importa la intervención

(31) Nathaniel H. Leff, opus cit. (20), pág. 214 y sgtes.

(32) La literatura y legislación extranjera utiliza la expresión "influencia dominante", en algún sentido contradictoria. Por esa razón se ha preferido el término "poder" para conformar la expresión "poder dominante", sin pretender alterar su sentido o significado.

por el controlador de la voluntad social, tendiente a imponer su propia voluntad en la gestión de la sociedad. Sea a través de la intervención en la dirección de la sociedad, determinando sus políticas financieras, operacionales, administrativas, jurídicas, etc., a través de la intervención en los actos de administración y disposición del patrimonio, activos y pasivos de la misma, o a través de la intervención en cualquier acto o cadena de actos tendientes a subordinar la voluntad social a la voluntad del controlador.

La intervención puede ser directa, como cuando el controlador es propiamente el administrador o miembro del órgano directivo de la sociedad, caso en el cual la voluntad social prácticamente se identifica con su voluntad. O puede ser indirecta, como cuando se produce a través de la coacción física o moral, de la inducción o de la concertación con los componentes de los órganos de dirección y administración de la sociedad.

En el ejercicio de ese poder dominante el controlador puede causar daños a la sociedad que controla, a socios o accionistas o a terceros vinculados por algún título a la referida sociedad, principalmente acreedores o inversionistas.

La sociedad experimentará daños por la disminución o extinción de su patrimonio; los socios o accionistas los experimentarán, consecuentemente, por la pérdida de valor de sus aportes o participaciones; y los terceros, por su parte, pueden sufrir un daño derivado principalmente del incumplimiento de las prestaciones adeudadas por la sociedad, sean simples deudas, inversiones, indemnizaciones, etc.

El controlador podría ser considerado responsable de tales daños, en principio, por su condición de socio de la sociedad controlada o por su condición de administrador titular de la misma.

a) Responsabilidad del controlador como socio de la sociedad

El controlador, como socio de la sociedad, puede ser responsable frente a terceros de los daños causados por la gestión de la misma.

La responsabilidad del controlador en tal caso, en términos generales, depende del tipo de sociedad del que sea socio.

Los socios de la sociedad colectiva responden de las deudas y responsabilidades sociales de manera ilimitada; en las sociedades colectivas civiles esta responsabilidad es en

principio a prorrata del interés del socio en la sociedad y en la mercantiles la responsabilidad de los socios es solidaria. (33)

En la sociedad de responsabilidad limitada, los socios responden personalmente de la obligaciones y responsabilidades de la sociedad en forma limitada, hasta el monto de sus aportes o hasta la suma que a más de ello se hubiere indicado en los estatutos sociales. (34)

Tratándose de una sociedad en comandita, hay que distinguir entre socios gestores y socios comanditarios. Los socios gestores responden del mismo modo que los socios de una sociedad colectiva, ilimitadamente, a prorrata de su interés en la sociedad si es una sociedad civil y solidariamente si es una sociedad en comandita mercantil. Los socios comanditarios, en cambio, en principio sólo responden de las obligaciones y responsabilidades sociales hasta concurrencia de sus aportes, sea la sociedad en cuestión civil o mercantil. La situación es igual para los socios de una sociedad en comandita simple o por acciones. (35)

(33) El Código Civil, art. 2095, establece: "Si la sociedad (civil) es obligada respecto de terceros, la totalidad de la deuda se dividirá entre los socios a prorrata de su interés social, y la cuota del socio insolvente gravará a los otros. No se entenderá que los socios son obligados solidariamente o de otra manera que a prorrata de su interés social, sino cuando así se exprese en el título de la obligación, y ésta se haya contraído por todos los socios o con poder especial de ellos." El Código de Comercio, art. 370, establece: "Los socios colectivos (de sociedad mercantil) indicados en la escritura social son responsables solidariamente de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social. En ningún caso podrán los socios derogar por pacto la solidaridad en las sociedades colectivas."

(34) La regla señalada está contenida en el art. 2 de la Ley 3.918, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, publicada en el Diario Oficial de 14 de Marzo de 1923.

(35) En cuanto a los socios gestores, el Código Civil, art. 2063, dispone que se sujetan "entre sí y respecto de terceros a las reglas de la sociedad colectiva." El Código de Comercio, art. 483, dispone: "Los socios gestores son indefinidamente responsables de todas las obligaciones y pérdidas de la sociedad". En cuanto a los socios comanditarios, el Código Civil, art. 2061 y 2063, se refiere a ellos como los socios que se obligan "solamente hasta concurrencia de sus aportes." El Código de Comercio, art. 483, señala: "Los socios comanditarios solo responden de unas y otras (obligaciones y pérdidas) hasta concurrencia de sus aportes prometidos o entregados."

Los socios de sociedades anónimas, por último, sólo son responsables del pago del valor de sus acciones y no están obligados a devolver a la caja social las cantidades que hubieren percibido a título de beneficio. (36)

La práctica indica que la responsabilidad de los socios es normalmente limitada, porque se constituyen bajo la forma de una sociedad de responsabilidad limitada, de una sociedad anónima o de una sociedad en comandita en la que el socio gestor es una sociedad de responsabilidad anónima o limitada.

En tales términos, si bien teóricamente existiría en general responsabilidad del controlador por obligaciones y responsabilidades sociales cuando tiene la calidad de socio, en la práctica esa responsabilidad se confunde con la responsabilidad de la propia sociedad a la que el socio o accionista controlador ha hecho su aporte.

El controlador, en todo caso, como socio de la sociedad, responde respecto de la misma sociedad por los perjuicios que le cause.

El artículo 2.093 del Código Civil, norma de aplicación general al derecho de sociedades, establece la obligación del socio derivada del contrato de sociedad de cuidar del interés social y hace responsable al mismo de los perjuicios que cause a la sociedad hasta por su culpa leve. (37)

El artículo 404 del Código de Comercio, por su parte, confirma la regla anterior, al hacer responsable al socio de una sociedad mercantil de los daños causados por el uso de fondos sociales en sus

(36) La ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit.(13), art. 19, inc. primero, dispone: "Los accionistas solo son responsables del pago de sus acciones y no están obligados a devolver a la caja social las cantidades que hubieren percibido a título de beneficio."

(37) El Código Civil, art. 2093, dice: "Todo socio es responsable de los perjuicios que aún por culpa leve haya causado a la sociedad, y no podrá oponer en compensación los emolumentos que su industria haya procurado a la sociedad en otros negocios, sino cuando esta industria no pertenezca al fondo social."

negocios particulares. (38)

El artículo 30 de la Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, también, establece que los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas.

b) Responsabilidad del controlador como administrador de la sociedad

El controlador, como administrador de la sociedad, puede ser también responsable de los daños causados a la propia sociedad, a sus socios o a terceros vinculados a ella.

Por un lado, porque los administradores en general responden personalmente de su propio dolo o culpa. El hecho de que sean miembros del órgano de una sociedad, no los pone en ninguna manera al abrigo de las consecuencias del propio dolo o culpa en que hayan incurrido. (39)

Por otro lado, porque numerosas disposiciones del derecho de sociedades y del ordenamiento jurídico en general disponen expresamente la responsabilidad de los administradores en ciertos casos.

Tratándose de sociedades colectivas, el Código Civil establece la responsabilidad del socio administrador por los actos que excedan de los límites impuestos por la ley, por su mandato y en silencio de éste de los límites impuestos por el giro ordinario de la sociedad. En el mismo sentido, el Código de Comercio establece que los socios pueden hacer válidamente todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad o que sean necesarios o conducentes a la consumación de los fines que ésta se hubiere propuesto, y consagra la responsabilidad del socio administrador por ejecutar actos o contratos a los que los otros socios se hubieren opuesto y la responsabilidad del delegado de la administración, por excederse en el ejercicio de las facultades designadas en su título. (40)

(38) El Código de Comercio, art. 404 N°2 establece, en su parte pertinente: "Se prohíbe a los socios en particular: 1°. 2° Aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos de la firma social. El socio que hubiere violado esta prohibición llevará a la masa común las ganancias, y cargará él solo con las pérdidas del negocio en que invierta los fondos distraídos, sin perjuicio de restituirlos a la sociedad e indemnizar los daños que esta hubiere sufrido. ..."

(39) Código de Procedimiento Penal, art. 39, en su parte pertinente dice: "Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubiere obrado." En materia civil, ver Arturo Alessandri Rodríguez, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, pág. 157 y 158.

(40) Se refieren a estas responsabilidades el Código Civil, art. 2075, 2077, 2079, y el Código de Comercio, art. 388, 389, 390, 391 y 394.

En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, si bien la ley no establece reglas especiales sobre la administración de dichos entes, son aplicables las reglas establecidas para las sociedades colectivas. (41)

En las sociedades en comandita, el socio gestor, aquel que se obliga a administrar exclusivamente la sociedad por sí o por su delegados y en su nombre particular, es responsable ilimitadamente de las obligaciones y pérdidas de la sociedad; regla que disponen tanto el Código Civil como el Código de Comercio y tanto para las sociedades en comandita simple o por acciones. (42)

Tratándose de sociedades anónimas, la Ley 18.046 establece severas normas de responsabilidad para sus directores y gerentes. En términos generales, se establece que los directores y gerentes responderán solidariamente de los perjuicios a la sociedad y a los accionistas:

(a) Por actos ilícitos: sea la práctica de actos ilegales o la actuación dolosa o culpable;

(b) Por irregularidades en las cuentas de la sociedad: sea no llevar libros o registros sociales; la inducción a gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, para que rindan cuentas irregulares, presenten informaciones falsas y oculten información; o la ocultación de bienes sociales, reconocimiento de deudas supuestas o simulación de enajenaciones;

(c) Por no informar debidamente a accionistas: sea la ocultación de informaciones esenciales; la presentación a los accionistas de informaciones falsas; o el no proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley o la Superintendencia de Valores y Seguros determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad;

(d) Por el uso y disposición de bienes y oportunidades de la sociedad: sea el tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad; el usar en provecho propio, de sus parientes, representados, o sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño directo o a través de otras personas

(41) La Ley 3918, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, cit. (34), art. 4, en su parte pertinente dispone: "En lo no previsto por esta ley o por la escritura social, estas sociedades se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas, y les serán también aplicables las disposiciones del artículo 2104 del Código Civil y los artículos 455 y 456 del Código de Comercio."

(42) Ver nota (35).

naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital, los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del directorio otorgada en conformidad a la ley; el usar en beneficio propio o de terceros relacionados con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo; o el usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social; o la obtención de beneficios indebidos, directamente o a través de otra persona natural o jurídica, de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicio a la sociedad;

(e) Por otros actos contrarios al interés social: sea el repartir dividendos provisionales habiendo pérdidas acumuladas; sea el proponer modificaciones de estatutos, o acordar emisiones de valores mobiliarios, o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados; sea el impedir u obstaculizar las investigaciones destinadas a establecer su propia responsabilidad o la de los ejecutivos en la gestión de la empresa; el no guardar la debida reserva respecto de los negocios e información de la sociedad de los que tengan conocimiento en razón de su cargo y que no hubiere sido divulgada oficialmente por la sociedad; o la práctica, en general, de actos contrarios a los estatutos o al interés social. (43)

Las normas del derecho de sociedades, en síntesis, consagran la responsabilidad de administradores, gerentes y directores, por los daños causados a la sociedad o a sus socios o accionistas por la realización de actos que exceden de sus atribuciones o del ámbito del giro de la sociedad, de actos contrarios a los estatutos o al interés social, de actos en interés y beneficio propio del administrador que causen perjuicio a la sociedad y de actuaciones dolosas y culposas o contrarias a la ley.

Por otra parte, diversas normas del ordenamiento jurídico en general establecen también la responsabilidad de administradores, gerentes y directores, que afectarían al controlador que ejerce dichas funciones.

Las reglas del mandato, especialmente las contenidas en los artículos 2129 y 2157 del Código Civil y 243, 245, 248, 251, 252 y 331 del Código de Comercio, hacen responsable al mandatario del cumplimiento de su encargo, en principio, hasta de la culpa leve.

(43) Se refiere a esta materia la Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 41 - 46 y 133.

La Ley 18.175, sobre quiebras, consagra la responsabilidad de gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuando en ciertas circunstancias ejecutaren alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones constitutivas de quiebra fraudulenta y que, en breve, son todos aquellos actos que producen directa o indirectamente, perjuicio a los acreedores de la sociedad. (44)

El Decreto con Fuerza de Ley 252, que contiene la ley general de bancos, sanciona con penas bastante graves a los directores y gerentes de una institución financiera, y también a otras personas en algunos casos, que a sabiendas hubieren hecho una declaración falsa sobre la propiedad y conformación del capital de la institución financiera, o aprobado o presentado un balance adulterado o falso, o disimulado su situación, especialmente las sumas anticipadas a directores o empleados; o que alteren o desfiguren datos o antecedentes en los balances, libros, estados, cuentas, correspondencia u otro documento cualquiera o que oculten o destruyan estos elementos, con el fin de dificultar, desviar o eludir la fiscalización que corresponde ejercitar a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de acuerdo a la ley. (45)

El Decreto Ley 1.097, que creó la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, por su parte, establece que los directores, administradores, gerentes, apoderados o empleados de una institución fiscalizada que aprueben o ejecuten operaciones no autorizadas por este decreto ley, por los estatutos o por las normas de la Superintendencia, responderán con sus bienes de las pérdidas que dichas operaciones irroguen a la empresa. (46)

Por último, el Código Penal también establece especialmente la responsabilidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones. En efecto, el artículo 470 N° 1 consagra el delito denominado de apropiación indebida, que sanciona a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que

(44) Ley 18.175, sobre quiebras, publicada en el Diario Oficial N°31.403 de 28 de Octubre de 1982, art. 219, 220, 221, 229, 230, 232 y 233.

(45) Decreto con Fuerza de Ley 252, que contiene la ley general de bancos, publicado en el Diario Oficial de 4 de Abril de 1960, art. 26 y 26 bis.

(46) Decreto Ley 1097, que crea la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, publicado en el Diario Oficial N° 29.213 de 25 de Julio de 1975, art. 19 bis y 20.

hubieren recibido en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

Sin embargo, estas responsabilidades del controlador como socio o como administrador titular de la sociedad no siempre pueden hacerse efectivas.

El controlador puede no ser socio directo de la sociedad controlada o simplemente ser socio de una sociedad de responsabilidad limitada, anónima o en comandita, a la que ya haya enterado su aporte, caso en el cual su responsabilidad se confundiría con la responsabilidad de la propia sociedad. Sólo la sociedad podría siempre hacer efectiva la responsabilidad del socio consagrada en el artículo 2093 del Código Civil, en el artículo 404 del Código de Comercio o derivada del artículo 30 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, en el evento de que el controlador socio no hubiere atendido el interés social con el cuidado debido, hubiere retirado fondos sociales para sus negocios propios o no hubiere respetado los derechos de la sociedad o de los demás accionistas.

La responsabilidad del controlador como administrador titular de la sociedad, por otra parte, puede hacerse efectiva en la medida en que el controlador ostente esa calidad, lo que de ordinario no sucede, pues se administra a través de terceras personas.

De ahí que la responsabilidad del controlador que nos ocupa en este trabajo sea aquella que, sin perjuicio o en ausencia de las anteriores, corresponde al controlador por el hecho propio, ésto es, simplemente, la responsabilidad del controlador por el ejercicio de poder dominante sobre la dirección y administración de la sociedad controlada.

4.2. Antecedentes sobre el controlador y su responsabilidad por el ejercicio de poder dominante.

La responsabilidad del controlador por el ejercicio de poder dominante ha sido tratada en el derecho comparado desde diversos puntos de vista: como protección del derecho de las minorías de accionistas en el derecho de sociedades, como límite de la personalidad jurídica y dentro del derecho de quiebras.

Tales estudios, en general, admiten la aplicación de sanciones administrativas, la "penetración del velo" que

separa a la sociedad de su controlador, o la comunicación de la quiebra al controlador.

Las conclusiones son, no obstante, cautelosas, por razones de seguridad jurídica, toda vez que la separación de la persona jurídica y sus miembros, junto con la institución de la responsabilidad limitada, han convertido a la sociedad en un ente imprescindible en la vida de los negocios.

En Estados Unidos de América, el estudio de la responsabilidad del controlador se ha centrado en el problema del límite de la persona jurídica o, si se quiere, del alcance de la separación entre la persona jurídica y sus miembros.

La jurisprudencia reconoció desde sus orígenes la existencia de casos en los que debía estar permitido al juez levantar el velo de la persona jurídica y examinar las realidades existentes tras de él. A partir de esta jurisprudencia, se desarrolló la doctrina denominada "disregard of legal entity." (47)

Esta doctrina parte de la base de que la radical separación de la persona jurídica y sus miembros conduce muchas veces a resultados injustos o contrarios a derecho y, en síntesis, admite prescindir, en algunas circunstancias, de la atribución legal de personalidad jurídica de una sociedad, para atender a sus reales titulares y a los verdaderos intereses que actúan bajo la forma societaria y en definitiva adoptar medidas que afecten a los hombres que están detrás de ella.

No existe una fórmula general o circunstancias precisas en la que los tribunales americanos den aplicación a esta doctrina. Varios autores se han referido al punto y han intentado sistematizar o al menos enumerar los casos fallados.

En general, se dice que en la medida que la subsidiaria es un agente, un instrumento o "fiterere" del controlador, es

(47) Entre los fallos más notables se pueden mencionar: State v. Standard Oil Co. (1892); United States v. Milkwakee Refrigerator Transit Co. (1905); Taylor v. Standard Gas Electric Co. (1937); Pittsburg Railways Co. (1946); Sampsell v. Imperial Paper Color Co. (1949), comentados por Rolf Serik, Rechtsform und Realität Juristischer Personen, Primera Edición, 1959, traducción de José Puig Brutau, pág. 82 y sgtes. y Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 142 y sgtes.

posible prescindir de la separación de personas. (48)

W. Douglas sostiene que poco se gana tratando de determinar los límites de la persona jurídica; no es ninguna ayuda tampoco afirmar simplemente que la subsidiaria es un agente, un instrumento o herramienta del controlador. Advierte en cambio la necesidad de definir estos conceptos, y enuncia algunos casos que pueden servir de indicadores: (49)

- a) La propiedad de la totalidad del capital de la subsidiarias.
- b) La propiedad de la mayoría del capital de la subsidiaria, o la titularidad de un derecho controlante sobre la misma.
- c) El que una misma persona fuere titular del capital de dos sociedades.
- d) La suficiencia o insuficiencia del capital de la subsidiaria tomando como medida el capital de otras empresas competitivas normales.
- e) Medida en que la subsidiaria fuere financiada por la controlante.
- f) Método de ese financiamiento.
- g) Medida en que entre dos sociedades existiere un directorio común.
- h) Medida en que entre dos sociedades existieren funcionarios y empleados comunes.
- i) Medida en que dos sociedades tuvieran departamentos administrativos o comerciales comunes.
- j) Medida en que la contratación entre ambas fuere favorable para una de ellas.
- k) Medida en la que dos sociedades llevaran libros y contabilidad separados.
- l) Medida en que se permitiere a un funcionario o director de una sociedad, determinar las políticas de otra.
- m) Medida en que un empleado, funcionario o director de la sociedad controlante interviniera causalmente en un contrato o en un acto antijurídico.
- n) El tipo de negocios de dos sociedades.
- o) Medida en que el público o el comercio generalmente considerare a dos sociedades como una sola.

(48) U.S. v. Reading Co., se refiere a la sociedad que es utilizada como mero agente, instrumentalidad o departamento de otra compañía. Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 138.

(49) La enumeración que sigue reproduce el listado de Williams O. Douglas, publicado en trabajo sobre Exclusión de Responsabilidad por la Utilización de Sociedades Subsidiarias, Yale Law Journal, Diciembre de 1929: Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 142, 143.

- p) A quien la contraparte contractual considerare su promitente.
- q) Medida en que hubiere transferencias de la subsidiaria a la sociedad controlante, en perjuicio de los acreedores de la primera.

Por su parte, F. Powell exige que concurren tres requisitos: una situación de control sobre la sociedad, una actuación ilícita o fraudulenta y un perjuicio. El control, según Powell, debe haberse ejercido hasta el extremo de convertir a la sociedad controlada en un verdadero instrumento y aunque declara manifiestamente imposible catalogar la infinita variedad de hechos de los que esta instrumentalidad puede surgir, enuncia ciertas circunstancias que en una apropiada combinación, que no señala, serían decisivas para responsabilizar al controlador: (50)

- a) La controlante posee la totalidad o la mayor parte del capital de la subsidiaria.
- b) La controlante y la subsidiaria tienen directores y funcionarios comunes.
- c) La controlante financia a la subsidiaria.
- d) La controlante suscribe la totalidad del capital social de la subsidiaria o produce por otros medios su constitución.
- e) El capital de la subsidiaria es manifiestamente inadecuado.
- f) La controlante paga los salarios y otros gastos o pérdidas de la subsidiaria.
- g) La subsidiaria no tiene actividades de importancia excepto con su controlante, ni otros activos que los que fueron transferidos por ella.
- h) En la papelería de sus funcionarios la subsidiaria es descrita como un departamento o división de la controlante, o su actividad o responsabilidad financiera es referida a la del controlante.
- i) La controlante utiliza los bienes de la subsidiaria como si fueran propios.
- j) Los directores y funcionarios de la subsidiaria no actúan con independencia y en interés de ésta, sino que reciben instrucciones de la controlante en interés de esta última.
- k) Los formalismos legales de la subsidiaria no son observados.

(50) Se reproducen las circunstancias señaladas por Frederiq J. Powell, Parent and Subsidiary Corporations. Liabilities of a Parent Corporations for the Obligations of its Subsidiaries. Calligham and Co., Chicago 1931: Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 138, 139.

En un estudio realizado por Rolf Serik, se agrega que de acuerdo a la doctrina del disregard los rasgos típicos externos de la relación entre dos personas no son suficientes para poder prescindir de la atribución de personalidad jurídica. Estos pueden servir de indicio a una situación de hecho a la que podría aplicarse esta doctrina, pero en definitiva podrá prescindirse de la separación de personas si no existe coincidencia entre la finalidad general en atención a la cual existe la personalidad jurídica de la sociedad y la finalidad particular que en el caso se trata de alcanzar con ella. (51)

Esta coincidencia no se daría, de acuerdo a la doctrina de disregard, según Serik, en los siguientes casos:

- a) Cuando se burla la ley, haciendo que otra persona obre en lugar de la que está sujeta a la prohibición, naturalmente en beneficio de esta última.
- b) Cuando se burla lo dispuesto en un contrato, infringiendo sus disposiciones a través de una persona jurídica.
- c) Cuando se transmite fraudulentamente el patrimonio del deudor a una persona jurídica, en perjuicio de terceros.
- d) Cuando entre sociedades matrices y filiales no existe independencia financiera, la filial funciona financiada por la matriz, no se hace diferencia o separación entre la actividad y patrimonio de una y otra sociedad o si se ha producido apariencia de que ambas sociedades son una misma.
- e) Cuando razones de justicia exigen limitar el privilegio de la persona jurídica, aunque el mismo Serik plantea reservas frente a este último caso.

Por último, S. Le Pera hace ver la dificultad de formular una síntesis sobre los casos en que procedería prescindir de la separación de personas y los infructuosos intentos de la doctrina de disregard en este sentido. En su opinión, sólo de un modo aproximativo, de acuerdo a la doctrina de disregard el

(51) Es una brevísima síntesis de las conclusiones del trabajo de Serik, trabajo de enorme importancia en la difusión de la doctrina de Disregard of legal entity en Europa. Para Serik esta finalidad general en atención a la cual los ordenamientos jurídicos reconocen personalidad jurídica a la sociedad, es el servir de "instrumento del tráfico jurídico de buena fe que permite a los individuos participar en la vida jurídica y comercial de una forma independiente de la personal." Rolf Serik, opus cit. (47), pág. 82 y sgtes. y pág. 242.

controlador sería responsable de los actos de la sociedad controlada, cuando ésta no está dotada de un capital o de una organización empresarial suficiente para desarrollar su giro y en general de aptitud para el logro de sus fines, o siempre que exista un manejo promiscuo, una defectuosa administración o una estrecha conexión financiera. (52)

Pese a todo el desarrollo de la doctrina del disregard of legal entity, quedan muchos aspectos por resolver y está muy lejos de haber sido abordado el problema de la responsabilidad del controlador de un modo sistemático y preciso.

Mientras en Estados Unidos de América la doctrina del disregard of legal entity nació hace ya bastantes años, en Europa el tema es de aparición mucho más reciente. Su difusión debe asociarse principalmente a los trabajos del profesor Ascarelli y a la aparición del libro de Rolf Serik. (53)

En Inglaterra, se estudia el tema bajo la denominación de "lifting the veil" y el análisis se centra también en el alcance de la separación entre la persona jurídica y sus miembros. (54)

El profesor L.C.B. Gower, hizo un intento de tratar sistemáticamente el problema. Parte de la base de un estrictísimo precedente consagrado en el caso Salomon v. Salomon and Co., en el cual se establece el principio de separación o independencia absoluta de la persona jurídica y sus miembros, precedente confirmado por un gran número de casos posteriores. (55)

En su estudio distingue los casos en que la ley inglesa admite levantar o penetrar el velo de la sociedad, y aquéllos en que los tribunales lo han ordenado.

La ley inglesa permitiría levantar el velo de la socie-

(52) Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 142.

(53) Rolf Serif, opus cit. (47).

(54) Sobre el particular ver: L.C.B. Gower, opus cit. (16), pág. 189 y sgtes.; E.J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (28), pág. 189 y sgtes.; Murray A. Pickering, The Company as a separate legal entity, artículo publicado en Revista The Modern Law Review, volumen N°31, Septiembre 1968, pág. 481 y sgtes.

(55) Salomon v. Salomon and Co., 1896; Lee v. Lee's Air Farming Ltd., 1961; Underwood v. Bank of Liverpool, 1924, comentados por L.C.B. Gower, opus cit. (16), pág. 202 y sgtes.

dad cuando ésta no llega a tener el número mínimo de miembros que establece la misma ley dentro de cierto plazo; cuando se comete por su intermedio fraude al fisco o a terceros; cuando se encubre la condición de sociedad de responsabilidad limitada a terceros; para los efectos de informar balances y estados de resultados de una sociedad, y para efectos tributarios. (56)

La jurisprudencia inglesa, según Gower, pese al firme precedente de Salomon con Salomon and Co., ha reconocido excepcionalmente la posibilidad de penetrar el velo de la sociedad cuando ésta es agente del controlador - considerada la agencia como una cuestión de hecho -; cuando la subsidiaria actúa como trustee - como administrador del beneficiario que en este caso es el controlador -; cuando la subsidiaria es un instrumento o máscara del que se vale el controlador para burlar la justicia - siempre que éste hubiere incurrido en fraude o conducta impropia -; o cuando la subsidiaria se creó o utilizó con el objeto de burlar la ley. La jurisprudencia inglesa ha sido terminante en cuanto a que en los casos de fraude o conducta impropia, debe estarse más a lo sustancial de las operaciones que a las formas legales adoptadas. En materia de grupos o conglomerados de empresas, por último, según Gower, se aprecia una tendencia a considerarlos como un todo. (57)

En Alemania, la responsabilidad del controlador se ha estudiado preferentemente desde el punto de vista del derecho de sociedades. Existe legislación que regula los grupos de sociedades, unidades económicas o Konzerne y establece responsabilidades por el ejercicio de influencia dominante. (58)

Esta legislación, en términos generales, establece la responsabilidad de quien usa su influencia dominante sobre una empresa en perjuicio de ella. Pero contempla la posibilidad de excluirse de la regla anterior y legitimar la puesta de una empresa al servicio del interés de su controlador, a través de dos vías: el contrato de dirección o

(56) L.C.B. Gower, opus cit. (16), pág. 190-201.

(57) Re F.G. (Films) Ltd., 1953; Smith, Stone and Knight v. Birmingham Corporation, 1939; Bank Voor Handel en Scheepvaart N.B. v. Slatford, 1953; Daimler v. Continental Tyre Co., 1916; Gilford Motor Co. v. Horne, 1933; Connors Ltd. v. Connors, 1940; Trebanog Working Men's Club and Institute v. Macdonald, 1182; Re London Housing Society's Trust Deeds, 1940, comentados por L.C.B. Gower, opus cit. (16), pág. 201-217.

(58) Esta legislación está contenida en la Aktiengesetz de 1965.

dominación, por el cual se convierte la subordinación al controlador en un deber jurídico de los directores o administradores de la sociedad controlada, aún contra el interés de la propia sociedad controlada; y la integración, que procede cuando una sociedad es titular de no menos del 95% del capital de la otra y se acuerda por una cierta mayoría de las asambleas de accionistas de ambas sociedades, y que da derecho a la sociedad dominante a dar directivas al directorio de la integrada respecto de la administración de la sociedad de un modo similar a si existiera un contrato de dominación. La diferencia fundamental entre una y otra fórmula de ejercicio de influencia dominante es que, si existe un contrato de dominación, el controlador debe compensar anualmente toda pérdida que resulte a la sociedad controlada durante la vigencia del contrato. Si en cambio se ha producido una integración, la sociedad dominante es responsable solidaria e ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad integrada, por las deudas anteriores o posteriores a la integración. (59)

La jurisprudencia, por su parte, antes de dictarse la AkG de 1965, se había pronunciado sobre el tema y consagrado límites o excepciones a la responsabilidad limitada del controlador. En términos generales, se establecía la responsabilidad del controlador cuando entre éste y la sociedad controlada existía identidad de interés: si el controlador confundía por ejemplo los activos e ingresos de la sociedad, disponía de ellos como propios y obtenía ventajas para sí; cuando ejercía influencia dominante para obtener en favor suyo o de terceros ventajas mayores que las normales de un socio; cuando incurría en fraude, como el crear o usar una sociedad con el propósito de defraudar a acreedores o burlar la ley. (60)

En Francia, este asunto ha sido estudiado desde el punto de vista del derecho de quiebras y hay disposiciones legales sobre el particular.

En principio, el ejercicio de los derechos de la mayoría de una sociedad no acarrea responsabilidad. La excepción está establecida en el artículo 446 del Código de Comercio y en la Ley de Quiebras francesa, en los textos introducidos el año 1967, según los cuales la quiebra de una sociedad puede ser declarada común a toda persona que, encubriendo sus acciones bajo la fachada de tal sociedad, ha ejecutado en interés personal actos de comercio o dispuesto

(59) Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 149-154, 235 y 242-245.

(60) E.J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (28), pág. 190-199.

de los derechos sociales como de los suyos propios. La ley francesa hace responsable a todos los dirigentes sociales, de derecho o de hecho, aparentes u ocultos, remunerados o no, o a algunos de ellos. (61)

El controlador sería responsable, en tales términos, sólo en caso de quiebra de la sociedad controlada, y si ésta hubiere sido sólo una "máscara" detrás de la cual el controlador realizaba negocios propios o disponía de hecho de los bienes sociales como de los suyos propios.

La jurisprudencia francesa relativa a esta disposición establece que la sociedad es una máscara cuando la participación de otros accionistas no tiene relevancia económica o jurídica; cuando las cuentas no se registran; cuando los órganos sociales existen sólo en el papel y nada acuerdan; cuando no se emiten documentos de ninguna clase de las operaciones sociales permitiendo al dueño quedarse con precio; cuando el controlador usa, goza y dispone de bienes y en general activos de sociedad controlada, como si fueran propios; cuando el controlador no distingue sus negocios y activos, con los negocios y activos de su controlada, confundiendo sus patrimonios; cuando la controlada se establece con capital de controlador, es financiada por él o no tiene actividades de importancia excepto con su controlador, ni otros activos que los transferidos por él; cuando la voluntad social es determinada por el controlador directamente o por medio de instrucciones; cuando no se observan formalidades o si ellas tienen un carácter ficticio; cuando la sociedad no es más que un agente del controlador; cuando la sociedad no es más que un instrumento del controlador, sin interés propio, y cuando la sociedad está desprovista de capital de giro, giro real, interés propio. (62)

En Italia, el asunto de la responsabilidad del controlador también ha sido estudiado desde el punto de vista del derecho de quiebras.

La ley italiana consagra por excepción la responsabilidad del controlador, sólo en caso de quiebra y sólo por el tiempo en que el controlador mantuvo su control. No ha habido pronunciamientos de sus tribunales aplicando

(61) Este "maitre de l'affaire" o dirigente de hecho, no fue definido por la ley francesa. Parece referirse al titular de poder dominante. Ver en este sentido Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág 146-148; E.J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (28), pág. 205-208.

(62) E.J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (28), pág. 205-210.

esta disposición y se nota una abierta resistencia al respecto. (63)

En Suiza, por vía jurisprudencial se ha consagrado, también con carácter excepcional, la responsabilidad tanto del controlador como de la controlada por hechos de uno u otro, cuando entre ambos hay de acuerdo a la realidad económica aspectos de identidad y no reconocerlo contradeciría la buena fe. (64)

En España, se ha estudiado lo relativo a la responsabilidad del controlador principalmente en el ámbito del derecho de sociedades.

La Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas, de 1963, reglamenta las sociedades de empresas y las agrupaciones temporales de empresas. En cuanto a las primeras, las sociedades de empresas, constituidas por socios o empresarios individuales, agrícolas, industriales o mercantiles, que persiguen fines comunes a la vez que mantienen su propia personalidad y libertad de mercado, esta ley dispone que deben constituirse como sociedades anónimas y establece que los socios o empresarios responderán subsidiariamente de las obligaciones de esta sociedad anónima. En cuanto a las agrupaciones temporales de empresas, que reúnen a varios empresarios en torno al desarrollo o ejecución de una determinada obra, servicio o suministro, esta ley dispone que en tal caso los empresarios agrupados responderán solidariamente frente a terceros por las operaciones realizadas en beneficio común. (65)

En Grecia, por último, existe una disposición legal del derecho de quiebras que establece que el controlador debe ser postergado en el pago de sus créditos contra la sociedad frente a los demás acreedores. (66)

En Chile, no existen estudios o jurisprudencia que se refieran directamente a la responsabilidad del controlador por el ejercicio de poder dominante.

Sólo he podido encontrar dos antecedentes que plantean directamente el problema de la responsabilidad del controlador desde el punto de vista del derecho de sociedades.

(63) E.J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (28), pág. 210-214.

(64) Joaquín Garrigues, opus cit. (1), tomo I, pág. 624-629.

(65) E.J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (28), pág. 199-205.

(66) E.J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (28), pág. 214.

Un artículo en el Diario El Mercurio, de fecha 4 de Marzo de 1982, firmado por don Carlos Vial Espantoso, en el que se hace ver el error o debilidad de la actividad fiscalizadora en el ejercicio de su función de proteger a todos los accionistas de sociedades frente a los abusos de aquellos que adquieren el control de una sociedad.

Y el Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, enviado por el entonces Ministro de Hacienda Sergio de Castro Spíkula al Presidente de la República.

En dicho proyecto, se definía al accionista controlador, se establecía los límites de su poder sobre la sociedad, se consagraba derechamente la responsabilidad del accionista controlador por el abuso de poder y se señalaban, por la vía de ejemplos, modalidades de abuso de poder.

El accionista controlador se definía como la persona, natural o jurídica, o el grupo de personas, que, previo acuerdo, aseguraban la mayoría de votos en las deliberaciones de las juntas de accionistas, tenían el poder para elegir la mayoría de los directores de la sociedad o tenían el poder para dirigir la administración o las políticas de una empresa.

Establecía que el mismo debía usar su poder "de modo que la sociedad realice sus fines y respetar y atender los derechos e intereses de los demás accionistas." (67)

El accionista controlador sería responsable de los perjuicios causados a los demás accionistas o a los inversionistas en otros valores emitidos por la sociedad, por "actos practicados con abuso de poder", actos que se determinaban en alguna medida por una enunciación no taxativa de modalidades de abuso de poder.

Tales modalidades eran:

1. Orientar a la sociedad a un fin extraño al o los objetos propios de la sociedad para favorecer sus propios negocios o los de terceros;
2. Acordar o provocar la disolución de sociedades prósperas, o transformar, incorporar, fusionar o dividir una sociedad, todo ello con el objeto de obtener ventajas para sí o terceros relacionados;
3. Acordar modificaciones de estatutos, emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social sino sus propios intereses o los

(67) Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, art. 29.

de terceros relacionados;

4. Contratar con la sociedad, directamente o por interpósita persona o por sociedades o empresas en los que tenga interés, preponderante, sea en la toma de sus decisiones o en la transformación de su capital, con ventajas o beneficios para sí o para éstas, contrarios a la equidad y a las condiciones imperantes en el mercado;

5. Aprobar o hacer aprobar en beneficio propio o de terceros, cuentas irregulares presentadas por los administradores de la sociedad;

6. Impedir u obstaculizar las investigaciones destinadas a establecer la responsabilidad de los administradores por la gestión de la empresa;

7. Inducir a los directores, gerentes, liquidadores, inspectores de cuentas o auditores, a practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social.
(68)

El Presidente de la Primera Comisión Legislativa recomendó no aprobar la introducción de estos conceptos en la ley, y la Honorable Comisión Legislativa desechó en esta parte el proyecto, teniendo en consideración las dificultades que encerraba precisar quién es accionista controlador y los casos no contemplados en el proyecto sobre abusos de poder; el hecho de que podía dar lugar a persecuciones de carácter financiero, económico o incluso político, en cualquier época; por cuanto desincentivaría al inversionista extranjero, toda vez que éste siempre tiene el carácter de accionista controlador y no se interesaría en verse expuesto a quedar bajo sanciones como las señaladas en el proyecto; por cuanto los auténticos responsables son los directores y gerentes de las sociedades anónimas y ellos responden de los actos e incluso de los delitos que pudieren perpetrarse bajo su administración; y por cuanto el proyecto desincentivaría la creación de sociedades de grandes capitales, pues los accionistas verían expuesto todo su patrimonio en el evento de suscitarse alguna de las situaciones descritas por la ley y en el hecho la responsabilidad pecuniaria de los mismos sería ilimitada.
(69)

La reseña anterior es muy concentrada, pero permite mostrar el estado en que se encuentran la legislación, jurisprudencia y doctrina del derecho comparado relativas a la responsabilidad del controlador de sociedades por el

(68) Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, art. 30.

(69) Oficio Ordinario N°6583-21, de 23 de Septiembre de 1981, del Presidente de la Primera Comisión Legislativa de la H. Junta de Gobierno.

ejercicio de poder dominante.

Creo que no me equivoco al decir que la tendencia general del derecho es a considerar responsable al controlador, en ciertos casos, del ejercicio de su poder dominante sobre la sociedad, pero que tanto las legislaciones como la jurisprudencia y los autores estan muy lejos de haber determinado clara y precisamente las circunstancias que generan esa responsabilidad.

4.3. Responsabilidad civil extracontractual del controlador por el ejercicio de poder dominante de acuerdo al Código Civil.

No obstante no existir legislación ni jurisprudencia referida especialmente a la responsabilidad del controlador por el ejercicio de poder dominante, el derecho chileno no se agota en los antecedentes mencionados en el título anterior.

El ejercicio de poder dominante se manifiesta en hechos propios del controlador tendientes a imponer su voluntad sobre la voluntad de la sociedad controlada, hechos que de causar daños podrían dar origen a responsabilidad civil del controlador.

La responsabilidad civil designa el efecto que produce la injuria o el daño, la obligación de indemnizar los perjuicios causados, efecto que tiene lugar cuando la injuria o daño es imputable a dolo o culpa, al comportamiento indebido, de un sujeto. (70)

Nuestro Código Civil previene la responsabilidad de quién por su culpa o dolo causa un daño, tanto en materia contractual como extracontractual, estableciendo la obligación de indemnizar los perjuicios causados. (71)

La responsabilidad civil es una sola, pero tradicionalmente, y nuestro ordenamiento jurídico acoge esta tradición,

(70) Henry y Léon Mazeaud y André Tunc, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, traducción de quinta edición de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, tomo 1º, vol.I, pág. 12, 39, 52 y 60.

(71) Código Civil, art. 1547, 1557, 1558, 1672, 1680, 2314, 2317, 2319, 2320, 2321, 2323 y 2333; Arturo Alessandri Rodríguez, opus cit. (39), pág. 11.

se distingue la responsabilidad contractual de la responsabilidad extracontractual y reciben de parte de la ley cada una un tratamiento diferente. La circunstancia de la que nace esta distinción es la existencia de un contrato celebrado entre el responsable y la víctima y por lo tanto de una obligación previa que no se cumple. (72)

El controlador, en tales términos, en principio, es responsable de los daños causados por el ejercicio de su poder dominante sobre la dirección y administración de la sociedad cuando ha ejercido dolosa o culposamente dicho poder.

La responsabilidad del controlador puede ser contractual, si entre éste y la sociedad controlada existiere un contrato y por tanto una obligación previa que no se cumple, como cuando el controlador ha adquirido y mantenido el dominio y control de la sociedad en virtud de un contrato de dominación o de administración. En tal caso, el controlador sería responsable del cumplimiento de las obligaciones especificadas en el correspondiente contrato, y la determinación de sus responsabilidades no presentaría mayores dificultades.

Pero de acuerdo a lo observado en nuestro medio la responsabilidad del controlador es predominantemente extracontractual - no derivará del incumplimiento de obligaciones preestablecidas en un contrato entre el controlador y la víctima, sino simplemente de un hecho propio del controlador - y es en esta clase de responsabilidad donde resulta extraordinariamente difícil determinar las circunstancias en las que el controlador se encontraría obligado a indemnizar los perjuicios causados y la que cons-

(72) Henry y Léon Mazeaud y André Tunc, opus cit. (70), tomo 1°, vol.I, pág. 113 y sgtes.; Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Obligaciones, tomo XI, pág.518; Arturo Alessandri Rodríguez, opus cit(39), pág.42 y sgtes; Luis Zegpi Jiménez y Juan Ríos Ríos, El Daño Civil, 1973, pág. 14 y sgtes. Sobre el particular se extiende Orlando Tapia Suárez, De la Responsabilidad Civil en General y de la Responsabilidad Delictual entre los Contratantes, 1941, pág. 51 y sgtes: la distinción deriva de que el daño surge del incumplimiento de las obligaciones establecidas en un contrato, válido, celebrado entre la víctima del daño y el autor de éste.

tituyen precisamente el objeto de este trabajo. (73)

De los artículos 2284, 2314 y 2319 del Código Civil se desprende que, para que un hecho engendre responsabilidad extracontractual, es necesario que cause un daño, que entre el hecho y el daño exista relación de causalidad, que su autor sea legalmente capaz y que el hecho sea imputable a su dolo o culpa. (74)

(73) He comprendido en la responsabilidad por el hecho propio, para no redundar con distinciones, tanto la responsabilidad por el hecho ajeno, como la responsabilidad por el hecho de las cosas, reglamentadas en los artículos 2320 y sgtes. y 2323 y sgtes. del Código Civil, respectivamente. Una y otra suponen la responsabilidad por el hecho propio, y su distinción, en general, solo tiene importancia probatoria. Ver en este sentido Arturo Alessandri Rodríguez, opus cit. (39), pág. 93 y sgtes.

Darían origen a responsabilidad extracontractual por hecho propio, no obstante existir un contrato previo: a) El daño causado por un contratante y sufrido por un tercero: sería de esta especie el daño causado por el controlador, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales como socio de la sociedad, a terceros vinculados a la sociedad controlada. b) El daño causado por un contratante a otro por causas distintas del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato que los une: sería de esta especie el daño causado por el controlador, por hechos sin relación alguna con sus obligaciones contractuales como socio, a la sociedad, y consecuentemente a sus accionistas o socios. c) El daño causado por un tercero y sufrido por uno de los contratantes: sería de esta especie el daño causado por el controlador a terceros que hubieren contratado con la sociedad controlada, y eventualmente a la sociedad y a sus socios o accionistas, por las responsabilidades que los terceros hicieren efectivas en su contra, por hechos del controlador que hubieren provocado el incumplimiento o un efecto análogo de las obligaciones derivadas de los contratos celebrados entre la sociedad controlada y los dichos terceros. Ver en este sentido: Arturo Alessandri Rodríguez, opus cit. (39), pág. 61 y sgtes; Orlando Tapia Suárez, opus cit. (72).

(74) Arturo Alessandri Rodríguez, opus cit. (39), pág. 129; Orlando Tapia Suárez, opus cit. (72), pág. 130 y sgtes.; Luis Zegpi Jiménez y Juan Ríos Ríos, opus cit. (72), pág. 19; Corte Suprema, fallo de 19 de Noviembre de 1942, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 40, sección primera, pág. 287; fallo de 24 de Septiembre de 1943, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 41, sección primera, pág. 228; fallo de 28 de Agosto de 1944, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 44, sección primera, pág. 397.

En tales términos, para que el controlador sea responsable extracontractualmente, será necesario que concurran a su respecto los requisitos referidos:

a. Que víctima experimente un daño:

Esto es, que la sociedad controlada, sus socios o accionistas o los terceros vinculados a la misma experimenten perjuicios. (75)

El daño estará constituido por el menoscabo sufrido por la sociedad, por la pérdida del valor de los aportes y participaciones de socios y accionistas, por la imposibilidad de cumplimiento de las prestaciones adeudadas por la sociedad a terceros a título de inversiones, indemnizaciones, deudas en general, etc. y en general por todo detrimento, menoscabo, dolor o molestia ciertos, presentes o futuros, causados a los mismos. (76)

b. Que el referido daño haya sido causado por el controlador:

Es decir, que el daño experimentado por la sociedad, por sus socios o accionistas o terceros vinculados a ella, sea consecuencia directa y necesaria de un hecho del controlador. (77)

Entre el daño y el hecho del controlador debe existir una relación de causalidad, de modo que éste pueda ser considerado autor de los perjuicios.

El autor en nuestro Código Civil es identificado simplemente como "el que hizo el daño"; no hay disposiciones relativas a la autoría o a las formas de ejecución del

(75) El Código Civil exige se haya inferido un daño, en los artículos 2314, 2316, 2323, 2326 y 2329.

(76) Sobre el daño en general, ver Arturo Alessandri Rodríguez, opus cit (39), pág. 209 y sgtes; Orlando Tapia Suárez, opus cit. (72), pág 156 y sgtes.; Luis Zegpi Jiménez y Juan Ríos Ríos, opus cit. (72), pág. 30 y sgtes; Carlos Ducci Claro, Responsabilidad Civil, pág. 142 y sgtes.

(77) Sobre el concepto y alcance de la relación causal, ver Arturo Alessandri Rodríguez, opus cit. (39), pág. 238 y sgtes; Orlando Tapia Suárez, opus cit. (72), pág 192 y sgtes.; Luis Zegpi Jiménez y Juan Ríos Ríos, opus cit. (72), pág. 70 y sgtes; Carlos Ducci Claro, opus cit. (76), pág. 206 y sgtes.

perjuicio. (78)

Las únicas normas sobre autoría en nuestro ordenamiento jurídico están contenidas en el Código Penal, el cual se explaya sobre el particular dando un concepto amplísimo de autor en su artículo 15 y distinguiendo básicamente tres tipos de autores: (79)

Se consideran autores los que toman parte en la ejecución del hecho, los que intervienen en su realización aportando su actuación para que el hecho se produzca, sea de manera inmediata y directa - como cuando intervienen personalmente en la realización de la conducta indebida - o sea impidiendo o procurando impedir con su conducta que se evite el hecho indebido. (80)

Se consideran autores, también, los que fuerzan directamente a otro a ejecutar el hecho, esto es, los que ejercen sobre una persona coacción física o moral para que intervenga en la realización del hecho; y los que inducen directamente a otro con el mismo objeto, esto es, los que por cualquier medio de convencimiento o de transferencia de ideas crea o genera la voluntad de otro para que intervenga en la realización del hecho. Tanto la fuerza como la inducción, exige la ley, deben ser directas, en el sentido de que una y otra deben estar dirigidas a personas y a hechos determinados. (81)

Por último, son considerados autores los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él. (82)

Todas estas formas de autoría suponen el control del partícipe sobre el acontecimiento, sobre el hecho indebido, de modo que de su comportamiento depende en mayor o menor medida el que dicho hecho se realice.

(78) El Código Civil, art.2316, inciso primero, dispone: "Es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos."

(79) Sobre el concepto de autor en el Código Penal, ver Rosemarie Bornand Jarpa y Marianne Schulz Hannig, El Concurso de Personas en los Delitos Culposos, pág. 69 y sgtes.

(80) Código Penal, art. 15, N°1.

(81) Código Penal, art. 15, N°2.

(82) Código Penal, art.15, N°3.

Este concepto de autor es plenamente aplicable en materia civil, en el sentido que debe considerarse que ha hecho un daño tanto el que ejecuta personalmente el hecho perjudicial, el que con su conducta impide que el daño pueda evitarse, el que fuerza o induce a un tercero a ejecutar el hecho dañoso, como los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que el hecho perjudicial se lleva a efecto o lo presencian sin tomar parte en él.

En efecto, si bien el Código Civil no contiene normas expresas sobre el particular, sus disposiciones admiten ese alcance al hacer responsable no sólo al que ejecuta materialmente el hecho dañoso, sino también a terceros que no han participado directamente en su realización, como el empresario por hechos de su dependiente, el artesano por hechos de su aprendiz, el marido por hechos de su mujer, el padre por hechos de sus hijos, etc. (83). Por otra parte, las disposiciones penales sobre autoría, específicamente el artículo 15 del Código Penal, están inspiradas en ideas tomadas de la legislación civil (84). Existe, además, un reconocimiento tácito de tales disposiciones por el Código Civil, pues en su artículo 2314 hace responsable civilmente al que ha cometido un delito o cuasidelito, sin perjuicio de las penas que impongan las leyes, y comete un delito o cuasidelito según la ley penal el autor en el amplio sentido dado por el referido artículo 15 (85). Por último, no hay razón para dar al autor un alcance en materia civil distinto al que tiene en materia penal. (86)

El controlador puede en tales condiciones ser considerado autor de los perjuicios ocasionados a la sociedad controlada, a sus socios o accionistas o a terceros vinculados a ella, cuando ha ejercido su poder dominante, directa o indirectamente, sobre la dirección o administración de la misma.

O porque ha intervenido directamente, con su voluntad, en el hecho perjudicial, como cuando es el propio administrador o es un miembro del órgano directivo o

(83) Ver al respecto Código Civil, art. 2320, 2321 y 2332.

(84) Rosemarie Bornand Jarpa y Marianne Schulz Hannig, opus cit. (79), pág. 73.

(85) El Código Civil, art. 2314, dispone: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito."

(86) En este sentido, Arturo Alessandri Rodriguez, opus cit. (39), pág. 480- 481.

administrador de la sociedad en cuestión. O porque con su intervención ha forzado, física o moralmente, o ha inducido a los miembros del órgano directivo o administrador de la sociedad, o se ha concertado con ellos para determinar la voluntad social, a fin de realizar el hecho perjudicial.

Y porque a través de esa intervención en definitiva el controlador impone su voluntad en la gestión de la sociedad controlada, subordina la voluntad social a su voluntad, de la que a fin de cuentas dependerá la ejecución del hecho perjudicial.

c. Que el controlador sea capaz:

El controlador debe tener capacidad de discernir, la capacidad para saber o conocer la forma en que ha debido comportarse. En consideración a lo anterior, el artículo 2319 del Código Civil señala que no son responsables civil y extracontractualmente los dementes, los infantes y los menores de entre 7 y 16 años de edad que hayan obrado sin discernimiento. (87)

d. Que daño sea imputable a dolo o culpa del controlador:

Los daños, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, no siempre generan responsabilidad. Es posible causar un daño justo, un perjuicio que es legítimo causar o al menos tolerado por la Sociedad, que no genera responsabilidad civil. Los límites de este daño justo no se encuentran definidos claramente, pero la doctrina ha mencionado algunos casos que pueden ser útiles a modo de ilustración: los daños provenientes de un caso fortuito o fuerza mayor; los provenientes del acatamiento de una orden legal o de una autoridad legítima; los causados en el ejercicio de un derecho subjetivo, matizado ciertamente por la teoría del abuso del derecho como un ejercicio legítimo o normal del derecho; los daños causados por quién obra violentado física o moralmente; aquellos provenientes de la legítima defensa contra una agresión ilegítima, o del estado de necesidad; los daños debidos a la culpa exclusiva de la víctima; los daños aceptados por la víctima; o los daños provenientes de la llamada servidumbre de la convivencia social. (88)

(87) Sobre el particular, ver Arturo Alessandri Rodríguez, opus cit. (39), pág.129 y sgtes; Orlando Tapia Suárez, opus cit. (72), pág 140 y sgtes.

(88) Arturo Alessandri Rodríguez, opus cit. (39), pág. 163, 597 y sgtes.; Orlando Tapia Suárez, opus cit. (72), pág 131 y sgtes; Ricardo del Angel Yagüez, Lecciones sobre Responsabilidad Civil, pág. 44 y sgtes.

Nuestro Código Civil y especialmente las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual, sancionan el daño sólo cuando es imputable a dolo o culpa de un sujeto. (89)

De ahí que el daño causado por el controlador deba ser imputable a su dolo o culpa.

El dolo o culpa en materia de responsabilidad extracontractual, indica que el autor no se comportó como debía hacerlo y quizo o al menos previó o debió prever el daño que su comportamiento indebido causaría.

El problema radica en determinar cuando el controlador se ha comportado indebidamente en el ejercicio de su poder dominante y como se manifiesta su dolo o culpa.

El comportamiento debido es algunas veces indicado en forma precisa en la ley, caso en el cual su determinación no presenta dificultades. Pero no es lo normal en el caso del controlador; lo normal será que el comportamiento debido del controlador deba concluirse a partir de un modelo abstracto de conducta considerado deseable por el ordenamiento jurídico.

En materia de responsabilidad extracontractual ese modelo abstracto es el del buen padre de familia. De acuerdo a las disposiciones del Código Civil, en materia de responsabilidad extracontractual se responde hasta de culpa. Y la culpa, sin otra calificación, conforme al artículo 44 de dicho texto legal, significa culpa leve. El mismo artículo opone a esta especie de culpa, la diligencia o cuidado ordinario o mediano, la diligencia o cuidado que emplearía un buen padre de familia. De modo que este modelo abstracto de conducta es el que debe tenerse en cuenta para calificar en cada caso la imputabilidad de un hecho perjudicial al controlador. (90)

Es, sin embargo, enormemente difícil establecer en términos abstractos, si quiera en forma aproximada, el modo

(89) El Código Civil menciona los motivos que hacen reprochable el daño en diversas disposiciones: la comisión de un delito o cuasidelito (2314, 2317, 2318 y 2321); la posibilidad de imputar negligencia o dolo (2317, 2319 y 2329); la omisión o falta del cuidado debido, del cuidado que emplearía un buen padre de familia (2320 y 2323); y la imprudencia (2333).

(90) Arturo Alessandri Rodríguez, opus cit. (39), pág. 172 y sgtes.

en que se habría comportado un buen padre de familia en la situación del controlador.

En efecto, el ejercicio de poder dominante supone la secuencia de numerosos actos libres, por lo tanto cada uno con sus propias peculiaridades e imposibles de prever en su totalidad. La apreciación de su licitud, por otra parte, salvo cuando hay un texto expreso de ley que establece precisamente un deber, implica considerar un sin número de valores y situaciones imposibles de examinar acabada y definitivamente. El comportamiento debido, por último, depende también de las circunstancias del caso particular, caso dentro del cual debe considerarse lo que habría sido una conducta prudente.

Pese a la dificultad de anticipar en abstracto las conductas debidas o indebidas del controlador, de la experiencia y observación del fenómeno del ejercicio de poder dominante en nuestro medio, he llegado a la conclusión de que el cuidado mediano exigido al controlador en este orden de cosas exige como mínimo al menos el fiel respeto a los estatutos e interés social y al ordenamiento jurídico.

En primer lugar, la intervención que supone el ejercicio de poder dominante importa una conducta tendiente a involucrarse en la dirección y administración de la sociedad. Por eso el controlador debe enmarcarse dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a los directores y administradores y a la administración de sociedades en general; no debe conducirse de un modo contrario al marco social, a la voluntad de todos los socios expresada en un estatuto que fijó un giro, un capital, etc., que constituye la razón de ser de la sociedad, la razón por la cual el ordenamiento jurídico le ha reconocido su propia personalidad y patrimonio, que los socios fijaron bajo ciertas circunstancias y consideraciones; y no debe conducirse tampoco de un modo contrario a la finalidad de la actividad de la sociedad, finalidad que liga sus elementos y bienes hacia el beneficio de la propia sociedad, a la satisfacción del interés social, del interés patrimonial de la sociedad.

En segundo lugar, la intervención supone también la realización de un acto o actos que no escapan del deber de respeto al marco legal, conformado no sólo por disposiciones legales sino por lo que se ha llamado orden público y buenas costumbres. Por eso el controlador no debe infringir los deberes específicos impuestos por el ordenamiento jurídico; ni infringir el orden de las instituciones consideradas como necesarias e indispensables para que la Sociedad pueda desarrollarse normalmente en el ámbito social, religioso,

desarrollarse normalmente en el ámbito social, religioso, político, económico, cultural, etc.; y no debe observar conductas consideradas contrarias a las buenas costumbres por la Sociedad no sólo en el ámbito moral sino también en el ámbito de los negocios y de la actividad económica.

El cuidado mediano exigido al controlador exige por lo menos el fiel respeto del marco social y legal descrito, porque el modelo considerado deseable por el ordenamiento jurídico no puede justificar la infracción de las reglas sociales o las normas del propio ordenamiento. Es inconcebible. (91)

(91) En este sentido Aristóteles, en su *Moral*, a Nicómaco, traducción de Patricio de Azcárate, Segunda Edición, pág. 205 y sgtes., se refiere al llamado jefe de familia, como aquél en quién se reconoce la cualidad de ser prudente, ésto es, la capacidad de deliberar y juzgar lo que es bueno y útil para ellos y para quienes gobiernan, y de obrar siempre con el auxilio de la razón. El ordenamiento jurídico, por una parte, por prescripción constitucional, propende al bien común; y las reglas de una sociedad, por otra parte, se las han impuestos los socios en consideración a la utilidad de todos ellos. De modo que, en la especie, tanto el ordenamiento jurídico, como las reglas sociales, constituirían un límite jurídico de las actividades del controlador como consecuencia de su deber de observar el comportamiento de un buen padre de familia. Una aplicación de lo anterior es la norma de la Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 133, que dispone: "La persona que infrinja esta ley, su reglamento o en su caso, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios. Lo anterior es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan. Por las personas jurídicas responderán además civil, administrativa y penalmente, sus administradores o representantes legales, a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción. Los directores, gerentes y liquidadores que resulten responsables en conformidad a los incisos anteriores, lo serán solidariamente entre sí y con la sociedad que administren, de todas las indemnizaciones y demás sanciones civiles o pecuniarias derivadas de la aplicación de las normas a que se refiere esta disposición."

En tales términos, no es posible, razonablemente, estimar como legítimo el ejercicio de poder dominante sobre la dirección y administración de una sociedad, cuando infringe el ordenamiento jurídico, los estatutos y el interés social. (92)

Sin embargo, no basta que el controlador se haya comportado indebidamente. Es necesario, además, que el controlador haya querido o al menos haya previsto o debido prever el daño que su comportamiento causaría. (93)

En efecto, es preciso que el controlador haya querido causar el daño, que haya ejercido su poder dominante con la intensión positiva o real de inferir injuria, de producir daño, a la persona o propiedad de otro, manifestado en una voluntad concreta y demostrada en hechos precisos conducentes claramente a causar perjuicios. O que no haya observado el cuidado, diligencia o prudencia que las circunstancias del caso hacían exigibles para impedir el daño que el comportamiento indebido causaría, no obstante haberlo previsto o debido prever. El grado de previsión y de cuidado, diligencia o prudencia exigible es siempre el mismo, pues la culpa en materia de responsabilidad contractual no admite graduación y por ende el autor responde siempre de culpa leve.

En el primer caso, el controlador habrá ejercido su poder dominante con dolo, y habrá cometido un delito civil. En el segundo caso, el controlador habrá obrado con culpa, y habrá cometido un cuasidelito

(92) Sobre el alcance del término legítimo: cuando se dice que el ejercicio de poder dominante es legítimo, se quiere decir que es justo, que es el resultado del ejercicio de un derecho. En ese sentido, se dice que la fuerza, como vicio del consentimiento, debe ser injusta o ilegítima; en el mismo sentido ver Corte Suprema, fallo de 10 de Enero de 1984, Silegal N°133 de 1984. Creo que en principio el ejercicio de poder dominante es legítimo, pero no puede serlo cuando infringe el ordenamiento jurídico, los estatutos o el interés social.

(93) Ver nota siguiente (94).

civil. (94)

El análisis precedente nos permite configurar de un modo general cuando el ejercicio de poder dominante genera responsabilidad civil para el controlador.

4.4. Formulación general sobre la responsabilidad civil del controlador por el ejercicio de su poder dominante.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, es posible, sin pretender de ningún modo agotar el tema, intentar una formulación general de lo que podríamos llamar la figura delictiva o cuasidelictiva civil del ejercicio de poder dominante.

El controlador respondería civilmente del ejercicio de poder dominante sobre la dirección y administración de una sociedad, cuando haya intervenido directa o indirectamente la voluntad social para realizar actos imputables a su dolo o culpa en menoscabo de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella.

(94) Código Civil, art. 44. Arturo Alessandri Rodríguez, opus cit. (39), pág. 163 y sgtes. y 172 y sgtes.; Leonardo Colombo, Culpa Aquiliana, pág. 202; Corte Suprema, fallo de 3 de Agosto de 1932, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 29, sección 1^a, pág. 549; Corte de Apelaciones Valdivia, fallo de 12 de Junio de 1972, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 69, sección 4^a, pág. 87; Corte de Apelaciones Concepción, fallo de 8 de Julio de 1974, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 71, sección 4^a, pág. 226; Corte Suprema, fallo de 23 de Enero de 1975, Revista de Fallos del Mes, N° 2.194, sentencia 3, pág. 292; Corte Suprema, fallo de 7 de Abril de 1958, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 55, sección 1^a, pág. 35; Corte Suprema, fallo de 17 de Octubre de 1972, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 69, sección 4^a, pág. 168; Corte Suprema, fallo de 24 de Octubre de 1963, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 60, sección 4^a, pág. 459; Corte Suprema, fallo de 15 de Septiembre de 1964, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 61, sección 4^a, pág. 372.

En otras palabras, el controlador respondería civilmente cuando, por su intervención directa o indirecta, se hubiere realizado un hecho ilícito, sea un delito, cuasidelito o burla a la ley o a derechos de terceros, o se hubiere realizado un acto contrario a los estatutos o al interés social, queriendo, previendo o debiendo prever los perjuicios que dichos actos causarían a la sociedad controlada, a sus socios o accionistas o a terceros vinculados a ella.

En tales términos, generarían responsabilidad para el controlador los actos que se señalan en adelante a modo de ejemplos:

En primer lugar, ciertos actos en los que se manipula la figura societaria, como los que se señalan a continuación: (95)

1. Creación de una sociedad sin aptitud para el logro de sus fines, sea porque no es dotada de una organización empresarial suficiente para desarrollar su giro, sea por la ausencia de capital, sea por la ausencia de un giro social real, sea por la ausencia de animus societatis, etc., en la medida que por su intermedio se persigue fines contrarios al ordenamiento jurídico a los estatutos o al interés social en perjuicio de terceros. (96)

(95) Cuando hablo de manipulación de la figura societaria, tomo en consideración ciertas afirmaciones relativas al fin perseguido con ella: "En la esfera del Derecho Civil (la sociedad) ha sido creada como un instrumento del tráfico jurídico de buena fe que permite a los individuos participar en la vida jurídica y comercial de una forma independiente de la personal de los interesados y que excluye su responsabilidad personal.", Rolf Serik, opus cit. (46), pág. 242; "... la matriz será responsable por las obligaciones de su subsidiaria cuando su control haya sido ejercido hasta el extremo de que la subsidiaria se hubiere convertido en una mera instrumentalidad.", Frederiq J. Powell, opus cit. (49), pág. 109.

(96) Sergio Le Pera, opus cit (3), pág. 142; Frederiq J. Powell, opus cit. (50), pág. 109; W. Douglas, opus cit. (49), pág. 193 - 218; Rolf Serik, opus cit. (47), pág. 101 y sgtes. y 141 - 246; L.C.B. Gower, opus cit. (16), pág. 201 - 217; E.J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (25), pág. 205 - 210; Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 42 N° 7.

2. Realización a través de la sociedad controlada de actos prohibidos al controlador, a sus subsidiarias o terceros relacionados, en beneficio de cualquiera de estos últimos, actos contrarios al ordenamiento jurídico, al estatuto o al interés social, y en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros en general. (97)
3. Participación recíproca en los capitales entre el controlador, sus subsidiarias o terceros relacionados y la sociedad controlada, en beneficio de los primeros y en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (98)

En segundo lugar, ciertos actos en los que se manipula la contabilidad de la sociedad, como los que se señalan a continuación: (99)

1. Atribución a activos, pasivos u operaciones sociales, de un carácter que no tienen, en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (100)

(97) Frederiq J. Powell, opus cit. (50), pág. 109; Rolf Serik, opus cit. (47), pág. 105 y sgtes. y 251-258; Jorge Barrera Graf, Concepto y Requisitos de la Sociedad en Derecho Mexicano, obra publicada en Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues, vol II, pág. 76; Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, art. 30 N°7.

(98) Se refiere a los efectos de la participación recíproca y su carácter ilícito Jorge Barrera Graf, opus cit. (97), pág. 67. La Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 48, prohíbe la participación recíproca, aún en forma indirecta, a través de personas naturales o jurídicas.

(99) Cuando hablo de manipulación de la contabilidad, me refiero a la posibilidad de utilizar este instrumento de modo que no refleje el verdadero estado del patrimonio social. Se pronuncian sobre la ilicitud de las irregularidades contables el Código Civil, art. 1256, 1724 y 1768; el Código de Comercio, art. 25 y sgtes.; la Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, opus cit. (13), art. 42, 45 y 46; la Ley 18.175, sobre quiebras, cit. (44), art. 219, 220 y 221; Código Penal, art. 466 y 468; Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, art. 30 N°5. En el mismo sentido ver autos de reo dictados por misnistros H. Cereceda y A. Bañados, cit. (17).

(100) Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 42 N°4, art. 45 N°3; autos de reo H. Cereceda y A. Bañados, cit. (17).

2. No llevar libros, ni registro de cuentas y la no emisión de documentos relativos a operaciones de la sociedad controlada, especialmente con el controlador, sus subsidiarias o terceros relacionados; o llevarlos, registrarlos o emitirlos de un modo irregular, destruyendo, ocultando o falseando la información, ocultando bienes o reconociendo deudas supuestas y en general simulando cuentas o documentos, en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (101)

3. No distinguir contablemente de un modo claro y diáfano, las cuentas y documentos de la sociedad controlada con los del controlador, sus subsidiarias o terceros relacionados y en general dar a estas un tratamiento confuso, en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (102)

En tercer lugar, ciertos actos en los que se manipula la organización y recursos sociales, como los que se señalan a continuación: (103)

1. Uso, goce y disposición de dinero, bienes, servicios, oportunidades comerciales, cargos, crédito y en general activos de la sociedad controlada por el controlador, sus subsidiarias o terceros relacionados en beneficio de alguno de los mismos y en perjuicio de la sociedad

(101) Código Civil, art. 1256, 1724 y 1768; Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 42 N°3 y 4, art.45 N°1 y 3; Ley 18.175, sobre quiebras, cit.(44), art. 219, 220 y 221; Código Penal, art. 466 y 468; Código Tributario, art. 97; Corte Suprema, fallo de 15 de Octubre de 1981, Silegal N°99 de 1981; autos de reo H. Cereceda y A. Bañados, cit. (17).

(102) E.J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (25), pág. 205-210; Frederiq J. Powell, opus cit. (50), pág. 109; Rolf Serik, opus cit. (47), pág. 114 y sgtes.; W. Douglas, opus cit. (49), pág. 193-218; Sergio Le Pera, opus cit. (3), pág. 142.

(103) En este grupo de actos incluyo las formas más corrientes de desviación de la organización y de los recursos de la sociedad controlada hacia actividades del controlador, considerando lo señalado respecto de los recursos sociales en nota (95) de este trabajo y lo señalado por Carlos Balmaceda Lazcano, El Estatuto de las Personas Jurídicas, pág. 379, en relación a este punto: "...(la sociedad) debe emplear sus recursos en la realización del fin para el cual ha sido creada."

controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (104)

2. Actos de solidaridad financiera en beneficio del controlador, de sus subsidiarias o terceros relacionados, sea a través del artificio de inversiones, financiamiento de pérdidas, pago de gastos y salarios, de la transferencia de fondos por la vía de préstamos o aportes, abonos en cuenta corriente e incluso por no reclamar de créditos o no hacer efectivas responsabilidades en beneficio de la sociedad controlada, y en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (105)
3. Financiamiento por la sociedad controlada de las actividades del controlador, de sus subsidiarias o de terceros relacionados, en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (106)
4. Participación recíproca en los capitales entre el controlador, sus subsidiarias o terceros relacionados y la sociedad controlada, en beneficio de los primeros y en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (107)
5. Contratación favorable de la sociedad controlada al propio controlador, sus subsidiarias o terceros relacionados, en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (108)
6. Acordar la emisión de valores mobiliarios para satisfacer necesidades de recursos del controlador, de sus

(104) E.J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (25), pág. 205-210; Frederiq J. Powell, opus cit. (50), pág. 109; Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 42 N°5 y 6, 45 inciso final; Código Penal, art.470 N°1; Código Civil, art. 1768.

(105) Frederiq J. Powell, opus cit. (50), pág. 109.

(106) Frederiq J. Powell, opus cit. (50), pág. 109; W. Douglas, opus cit. (49), pág. 193-218; E.J. Cohn y C. Simitis, opus cit. (25), pág. 205-210.

(107) Ver nuestra nota (97).

(108) W. Douglas, opus cit. (49), pág. 193 - 218; Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, art. 30 N°4; Ley 18.046, sobre sociedades anónimas, cit.(13), art.44.

subsidiarias o terceros relacionados, en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (109)

7. Acordar la modificación de los estatutos, la disolución y liquidación, transformación, incorporación, fusión o división de la sociedad controlada para beneficio del propio controlador, de sus subsidiarias o terceros relacionados, y en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (110)
8. Adoptar políticas generales o decisiones particulares que orienten la actividad de la sociedad controlada hacia fines ilícitos, o ajenos a los estatutos o al interés social, para beneficio del propio controlador, sus subsidiarias o terceros relacionados, y en perjuicio de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella. (111)

Los actos indicados precedentemente generarían responsabilidad para el controlador que interviene en su realización, porque causan un daño imputable a su dolo o culpa.

En efecto, por estos actos se manipula la figura societaria, extrayendo activos o aumentando pasivos de la sociedad controlada, la organización y bienes de la sociedad no son utilizados para su beneficio patrimonial al cual están destinados, todo para ventaja, beneficio o interés patrimonial del propio controlador, de sus subsidiarias o terceros relacionados y en perjuicio de la sociedad, de sus socios o accionistas o de terceros vinculados a ella.

Y tales perjuicios, ocasionados por actos ilícitos, sean delitos, cuasidelitos, burlas a la ley o a derechos de terceros, o por actos contrarios a los estatutos o al interés social, el controlador si no los ha querido los

(109) Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, art. 30 N°3; Ley 18.046, sobre sociedades anónimas, cit. (13), art. 42 N°1.

(110) Proyecto de Sociedades Anónimas, art. 30 Nos. 2 y 3; Ley 18.046, sobre sociedades anónimas, cit. (13), art. 42 N°1.

(111) Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, art. 30 N°1; Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 42 N° 1 y 7; W. Douglas, opus cit. (49), pág. 193-218.

habrá previsto o al menos habrá debido preverlos.

Para ilustrar y comprobar lo anterior, se plantean en adelante algunos casos.

Caso A.

Un grupo escaso de personas adquiere en conjunto más del 50% de las acciones de una sociedad, constituyéndose de ese modo en sus controladores, y en el ejercicio de su poder dominante dirigen la sociedad a su antojo. En desmedro de la minoría, organizan para ellos solos el transporte de lo que producen.

La Superintendencia los sanciona personalmente con una multa de \$200.000 a cada uno. Los controladores sancionados, a la sesión siguiente del directorio de la sociedad, acuerdan aumentarse los gastos de representación personal en igual cantidad, no por una vez, sino para siempre.

En este primer caso, los nuevos controladores adquirieron el dominio y control de la sociedad y comenzaron a ejercer su poder dominante.

La intervención de los controladores se encaminó a organizar el servicio de transporte de la sociedad en beneficio exclusivo propio, para satisfacer las propias necesidades de transporte.

La actividad de la sociedad y sus bienes, que deben propender al beneficio de la propia sociedad, a satisfacer el interés social, el interés patrimonial de la sociedad, fueron empleados para beneficio y en interés del controlador.

Los controladores adoptaron una política general y usaron bienes, capital, camiones, personal, etc. de la sociedad, no en beneficio de la sociedad sino en beneficio propio y sin consideración al interés social. Se sacrificó el interés social en aras de satisfacer el interés y las necesidades de los controladores. (112)

(112) Ver en este trabajo manipulación y recursos de la sociedad, N°1 y 8.

A lo anterior se suma el que, después de sancionados por la Superintendencia, los controladores intervinieron para simular una cuenta de gastos de representación que disimulaba beneficios personales y para disponer de dineros de la sociedad en beneficio personal, todo con fines ajenos por completo al interés social al que propenden dichos recursos.

La contabilidad de la sociedad, que debe reflejar los hechos y operaciones relativos al patrimonio social, fue manipulada de modo que se atribuyó a un pasivo social un carácter que no tenía, a fin de encubrir la verdadera naturaleza de dicho pasivo; y dineros de la sociedad, que deben propender al interés y necesidades sociales, fueron dispuestos por los controladores en beneficio propio. (113)

La intervención de los controladores, en este caso, es ilícita en la medida que se verifica una verdadera simulación de cuentas o registros contables y una verdadera defraudación, apropiación o distracción indebida de dineros del patrimonio social y es, además, contraria al interés social en la medida que los elementos y bienes de la sociedad son utilizados por los controladores para su beneficio patrimonial y no en beneficio de la propia sociedad. Los controladores no han podido menos que querer o al menos haber previsto o debido prever los perjuicios que dichos actos causarían a la sociedad controlada, a sus socios o accionistas o a terceros vinculados a ella. (114)

Caso B.

Una persona es controlador y ejerce su poder dominante sobre un banco. Decide prestar dinero a una sociedad que también controla y que pasa por apuros financieros, por sobre el límite máximo de créditos que el artículo 84 de la Ley General de

(113) Ver en este trabajo manipulación de la contabilidad, N°1 y 2, y de la organización y recursos de la sociedad, N°1

(114) Para apreciar la ilicitud puede consultarse situaciones análogas: Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 42 N°1 - 7; art. 45 N° 3 e inciso final, y art. 133; Código Civil, art. 1256 y 1768; Código Penal, art. 466, 470 N°1 y 473; Carlos Balmaceda, opus cit (103), pág. 379.

Bancos permite conceder a una sociedad. (115)

Para este efecto, el controlador se concerta con los miembros de la administración del banco y presta dinero a una tercera sociedad, que el mismo controlador crea para el efecto, con un exiguo capital y sin un giro real, también naturalmente bajo su control, para que esta tercera sociedad entregue a la sociedad que pasa por apuros financieros, a título de préstamo, el dinero prestado por el banco.

En este segundo caso, en relación al banco, el controlador mantiene el dominio y control de su dirección y administración y ejerce su poder dominante.

La intervención del controlador se tradujo en la concertación con los miembros del directorio del banco, a fin de que se prestara dinero a una sociedad controlada por él en apuros financieros, a través de una tercera sociedad, por sobre el límite del crédito impuesto por la ley.

La decisión anterior significó al banco destinar recursos de su patrimonio para ayudar a una sociedad del controlador en una delicada situación financiera. Significó al banco, además, asumir un enorme riesgo de incobrabilidad del crédito, pues el hecho de que el controlador mantenga el dominio tanto del propio banco como de las sociedades deudoras impide normalmente la posibilidad de ejecutar forzosamente la obligación y, aún cuando el controlador se viere forzado a permitir la ejecución, el hecho de haberse concedido el crédito a través de una sociedad sin giro real, con un exiguo capital y patrimonio, y que por lo tanto no ofrece ninguna posibilidad directa de pago, hace necesario exigir previamente la ejecución de la sociedad intermediaria

(115) El Decreto con Fuerza de Ley 252, que contiene la ley general de bancos, cit. (45), art. 84 N°1, en su parte pertinente dispone: "... No podrá conceder créditos, directa o indirectamente, a una misma persona natural o jurídica, por una suma que exceda del 5% de su capital pagado y reservas. Podrá, sin embargo, conceder dichos créditos hasta un 25% de su capital pagado y reservas si lo que excede del 5% corresponde a créditos caucionados por garantías reales de un valor igual o superior a dicho exceso. .. Los préstamos que un banco comercial otorgue a otra institución financiera establecida en el país no podrán exceder del 30% del capital pagado y reservas del Banco acreedor. ..."

y por lo tanto muy onerosa y demorosa la recuperación del crédito. Significó, por último, burlar las disposiciones de la ley tendientes a limitar la concesión de créditos bancarios a una misma persona.

El controlador se concertó para otorgar el préstamo en cuestión, para disponer de recursos del banco e infringir la ley, ni siquiera en beneficio o interés patrimonial del banco sino para sacar de apuros a la sociedad que controlaba. Se sacrificó, así, el interés y seguridad del banco, para satisfacer las necesidades de recursos de la sociedad controlada. (116)

En relación a la tercera sociedad, el controlador la creó bajo su dominio y control y ejercía sobre ella su poder dominante.

La sociedad la creó sin un giro real y con un exiguo capital, pues no le interesaba el desarrollo del giro, y la intervención se redujo a hacer traspasar los recursos proporcionados por el banco a la sociedad en apuros financieros.

La creación de esta sociedad permitió al controlador hacer traspasar los recursos desde el banco a la sociedad controlada necesitada de recursos y, sin infringir en lo aparente el límite del crédito bancario, burlar de algún modo el límite del crédito bancario impuesto por la ley y el control de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y burlar naturalmente la ley. Se encubrió la realización de un acto prohibido al banco y a la sociedad en apuros, y de ese modo se extrajo recursos del patrimonio del banco. (117)

La intervención del controlador, en este caso, es contraria al ordenamiento jurídico, pues se burla las disposiciones prohibitivas de una ley, se simula una sociedad cuando verdaderamente no existe animus societatis, se defrauda, apropia o distrae indebidamente bienes en perjuicio del banco y es, además, contraria al interés del banco en la medida que se le hace asumir un riesgo de incobrabilidad del crédito por una operación destinada a procurar beneficio al controlador. El controlador no ha po-

(116) Ver en este trabajo manipulación de la organización y recursos de la sociedad, N°2.

(117) Ver en este trabajo manipulación de la organización y recursos de la sociedad, N°2.

dido menos que querer o al menos haber previsto o debido prever los perjuicios que dichos actos causarían al banco, a sus socios o accionistas o a terceros vinculados a él. (118)

Caso C.

Una persona crea una sociedad, con un capital mínimo, se reserva el 90% de los derechos sociales, y realiza a través de dicha sociedad un negocio de construcción de viviendas.

El controlador provee a la sociedad de capital de giro a través de un préstamo de una tercera sociedad también controlada por él, cuidándose de introducirlo del modo más informal posible, para lo cual lo registra en una cuenta corriente entre la sociedad constructora y la tercera sociedad.

Concurren al financiamiento de las obras, además, el dueño de la obras, bancos y proveedores.

El negocio no prospera, hace crisis, y el controlador hace restituir el capital de giro a la tercera sociedad, con dineros recibidos de terceros, sin que queden rastros contables y sin que los terceros acreedores puedan percatarse. Se declara la quiebra de la sociedad y los demás acreedores pierden de hecho sus derechos.

En este tercer caso, el controlador crea bajo su dominio y control la sociedad constructora y ejerce sobre ella su poder dominante.

La sociedad constructora fue creada sin aptitudes para desarrollar su giro, específicamente sin capital para responder de sus obligaciones, disimulando esta carencia de capital con un préstamo de una tercera sociedad controlada por el mismo controlador.

En momentos de crisis de la sociedad constructora, el controlador interviene y bajo la forma de precio por diversos

(118) Para apreciar la ilicitud puede consultarse situaciones análogas: Decreto con Fuerza de Ley 252, que contiene la ley general de bancos, cit. (45), art. 84 N°1; Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 42 N°7, y art. 133; Código Civil, art. 2053 en relación al art. 1467; Código de Comercio, art. 404 N°2; Código Penal, art. 473.

servicios y restitución del préstamo retira de los haberes de la caja de la sociedad el dinero proporcionado por el dueño de la obra y por los bancos y se restituye del capital de giro proporcionado a través de la tercera sociedad controlada. (119)

La creación de dicha sociedad constructora inepta para desarrollar su giro, unido a la maquinación y a la intervención del controlador por la cual se extrajo los haberes líquidos del patrimonio social, unido a su vez a un tratamiento contable confuso de los derechos y obligaciones entre la sociedad constructora y la tercera sociedad controlada, constituyen de parte del controlador actos ilícitos de simulación y defraudación en perjuicio de terceros, en los que no ha podido sino querer las consecuencias dañosas de su proceder. (120)

Caso D.

Un grupo de personas quieren controlar una sociedad industrial y carecen de capital para adquirir el control de la compañía.

Forman una sociedad de control, que contrata un préstamo, dando en garantía las propias acciones. El préstamo lo destinan a comprar las acciones necesarias para controlar la sociedad industrial, hecho que consuman de acuerdo a lo planificado.

Los nuevos controladores no introducen cambios en el directorio de la sociedad.

Posteriormente, con los flujos de la sociedad industrial que ahora controlan, los controladores fuerzan al directorio a hacer un aporte de capital en la sociedad de control, y con los dineros del aporte pagan el préstamo contratado por ésta originalmente para adquirir el dominio y control de la sociedad industrial.

En este cuarto caso, los controladores crean una sociedad bajo su dominio y control para contratar un

(119) Ver en este trabajo manipulación de la figura societaria, N°1, y manipulación de la contabilidad, N°3.

(120) Para apreciar la ilicitud puede consultarse: Código Penal, art. 466, 468 y 473.

préstamo y con él adquirir una importante participación en la sociedad industrial, satisfaciendo de ese modo su interés de controlar esta última.

Los controladores adquirieron el dominio y control de la sociedad industrial y ejercieron sobre ella su poder dominante.

La intervención de los controladores se produjo a través de la coacción moral de los directores de la sociedad que, bajo el temor de resistirse a la voluntad de los principales dueños, accedieron a aprobar un aporte en la sociedad de control.

De la decisión anterior resultó la participación recíproca en sus capitales, entre la sociedad industrial y la sociedad de control, y en cierto sentido la disminución real del patrimonio de la sociedad industrial. Por decirlo de una manera gráfica, la sociedad industrial devolvió a la sociedad de control el capital aportado. Es cierto que la sociedad industrial podría vender su participación en la sociedad de control o ésta la que tiene en la propia sociedad industrial y de ese modo recuperar su patrimonio real, pero lo probable es que no sea así o porque los controladores no están dispuestos a perder el control de la sociedad industrial o porque la liquidación de la sociedad industrial hace intransable sus propias acciones. (121)

Por otra parte, el monto del aporte no se mantuvo en la sociedad controlada para el desarrollo de su giro, sino que se utilizó simplemente para el pago del préstamo en cuestión contraído en interés exclusivo de los controladores.

Los controladores retiraron por esa vía los recursos de la sociedad industrial para una operación absolutamente innecesaria e inconveniente desde el punto de vista de ella y, en todo caso, para satisfacer el interés personal de control sobre la sociedad industrial. Los controladores dispusieron de dineros de la sociedad industrial, que deben ser utilizados en su beneficio patrimonial, para pagar el préstamo con el cual adquirieron su control. (122)

La intervención de los controladores es innecesaria,

(121) Ver en este trabajo manipulación de la figura societaria, N°3, y manipulación de la organización y recursos de la sociedad, N°4.

(122) Ver en este trabajo manipulación de la organización y recursos de la sociedad, N°1.

inconveniente y contraria al interés social y constituye, si no una defraudación, al menos una apropiación o distracción indebida de recursos sociales en beneficio del propio controlador, de sus subsidiarias o terceros relacionados, Los controladores, en tales circunstancias, no han podido menos que querer o al menos haber previsto o debido prever los perjuicios que dichos actos causarían a la sociedad industrial, a sus socios o accionistas o a terceros vinculados a ella. (123)

Caso E.

De una sociedad abierta sale un paquete accionario a la venta, que puede comprometer el control de las personas que actualmente lo detentan.

Como no disponen ellos mismos de dinero para adquirirlo y no están dispuestos a perder el control de la sociedad, concertados con los miembros del directorio, aprueban la formación de una subsidiaria en la que matriz participa con un 99% del capital. Esta subsidiaria destina su patrimonio a comprar dichas acciones.

En este quinto caso, la figura realizada por los controladores es de un enorme parecido a la anterior, sólo que en este caso la creación de la sociedad de control se efectúa directamente desde la sociedad controlada.

Los controladores mantienen el dominio y control de la sociedad y ejercen su poder dominante sobre el órgano administrativo.

Los controladores intervienen en la dirección y administración de la sociedad concertándose con los directores, a fin de que se apruebe la formación de una subsidiaria que compre el paquete accionario en venta.

De este modo, los controladores disponen de recursos sociales, que deben ser utilizados para beneficio patrimonial de la sociedad, para comprar las referidas acciones, en beneficio propio, para mantener su control sobre la sociedad. Y de lo anterior resulta, además, la participación recíproca en sus capitales de la sociedad

(123) Para pareciar la ilicitud puede consultarse situaciones análogas: Código Civil, art. 1768 y 2053 en relación al art. 1467; Código Penal, art. 470 N°1 y 473. Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 133.

matriz y su subsidiaria, sobre cuyas consecuencias ya nos hemos referido. (124)

La intervención de los controladores, en este caso, es contraria al interés social y constituye una apropiación o distracción indebida de recursos sociales inspirada únicamente en el interés de los actuales controladores por mantener su dominio y control. Los controladores no han podido menos que querer o al menos haber previsto o debido prever los perjuicios que dichos actos causarían a la sociedad controlada, a sus socios o accionistas o a terceros vinculados a ella. (125)

Caso F.

Una persona adquiere el control de una sociedad industrial productora de alimentos que recibe del público consumidor, diariamente, gran cantidad de dinero.

El nuevo controlador induce a los directores de la sociedad a invertir los recursos obtenidos por dicha sociedad, bajo el título de inversiones, aportes, préstamos, cuentas corrientes, etc., en el financiamiento de actividades personales o controladas por él, transformando la sociedad industrial en un verdadero centro financiero.

En este sexto caso, el nuevo controlador adquiere el dominio y control de la sociedad industrial y comienza a ejercer su poder dominante sobre ella.

Interviene en la sociedad induciendo a los directores a invertir o financiar con recursos de la sociedad, sus propias actividades, las actividades de sus subsidiarias y de terceros relacionados.

Resulta de lo anterior que, bajo el título de inversiones, aportes, préstamos, cuentas corrientes, etc., se extraen recursos de la sociedad industrial, que deben propender primordialmente al beneficio o interés social o bien repartirse como dividendos, para satisfacer las necesi-

(124) Ver en este trabajo manipulación de la figura societaria, N°3, y manipulación de la organización y recursos de la sociedad, N°1 y 4.

(125) Ver nota (123).

dades de recursos del propio controlador, sus subsidiarias y terceros relacionados. (126)

Tales inversiones, aportes, préstamos y traspasos de recursos más favorecen el interés del controlador, sus subsidiarias y terceros relacionados que el interés de la propia sociedad industrial; perjudican actualmente a los demás socios de la sociedad; y exponen a ésta a riesgos ajenos a su actividad: no sólo los riesgos propios de actividades ajenas al giro social sino que, además, los riesgos de que una misma persona, el controlador, sea directa o indirectamente acreedor y deudor a la vez de la sociedad industrial.

La intervención del controlador, en tales circunstancias, atenta contra el ordinamiento jurídico en la medida en que los recursos de la sociedad son apropiados o distraídos para financiar actividades y negocios del controlador y atenta contra el interés social en la medida que desvía a la sociedad de su giro al punto de transformar una sociedad industrial en un centro financiero y en la medida que los recursos de la sociedad no se destinan al giro o al reparto de utilidades sino a financiar actividades y negocios de interés del controlador. El controlador no ha podido menos que querer o al menos haber previsto o debido prever los perjuicios que dichos actos causarían a la sociedad controlada y especialmente a sus socios o accionistas. (127)

Es posible apreciar en los casos señalados, que el controlador ha ejercido su poder dominante sobre la dirección y administración de la sociedad controlada.

Que en el ejercicio de ese poder dominante el controlador intervino para realizar actos atentarios contra la disposición de una ley, cuando burla lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley General de Bancos que establece un límite al otorgamiento de créditos bancarios a una misma persona; contra el patrimonio de terceros, cuando el constructor se restituye del capital de giro al hacer crisis su negocio en perjuicio de los acreedores de la sociedad y

(126) Ver en este trabajo manipulación de la organización y recursos de la sociedad, N°3 y 8.

(127) Para apreciar la ilicitud puede consultarse situaciones análogas en Código Civil, art. 1768; Código de Comercio, art. 404, N°2; Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 42, N°1 y 7, y art. 133.

cuando encubre el beneficio personal alterando, omitiendo o simulando un registro contable; contra el orden público, cuando la sociedad - institución concebida para el ejercicio de negocios lícitos, necesaria e indispensable para que la Sociedad pueda desarrollarse en el ámbito económico - es utilizada para la obtención de fines ilícitos, fraudulentos, como el otorgamiento de créditos a una sociedad por sobre el límite legal, de un modo que daña la confianza y seguridad que dicha institución debe infundir a terceros; contra el interés social, cuando los recursos de una sociedad son destinados a financiar actividades personales del controlador, de sus subsidiarias o terceros relacionados; y contra las buenas costumbres, cuando se forma una subsidiaria para comprar las propias acciones de la matriz a fin de evitar la pérdida del dominio que el controlador mantiene sobre dicha matriz. En otras palabras, que el controlador no ha obrado de buena fe, con la conciencia o convicción de encontrarse en una situación legítima exenta de todo fraude o vicio o con el cuidado que emplea ordinariamente una persona normal.

Que de tales actos resulta la extracción de recursos ~~sociales, corporales o incorporales~~, en beneficio, ventaja e interés del controlador, de sus subsidiarias o terceros relacionados.

Que en tales circunstancias, el controlador no ha podido menos que querer o al menos haber previsto o debido prever un menoscabo patrimonial de la sociedad controlada, de sus socios o accionistas o terceros vinculados a ella.

Es innegable que tales hechos generan responsabilidad civil extracontractual y que el controlador responde del ejercicio de poder dominante sobre la dirección y administración de la sociedad controlada, desde el momento en que se causa un daño imputable a su dolo o culpa.

5. OBSTACULOS PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL CONTROLADOR POR EL EJERCICIO DE PODER DOMINANTE SOBRE UNA SOCIEDAD.

5.1. La persona jurídica y sus efectos, y la responsabilidad limitada de los socios.

Al referirnos al controlador y al grupo económico, vimos que éstos llevan a cabo cada una de sus empresas o negocios bajo la forma jurídica de una sociedad en la que la

responsabilidad del socio se limita a su aporte. (128)

El controlador crea una persona jurídica distinta, con su propio patrimonio, independiente jurídicamente de sus socios y del propio controlador, a la vez que retiene de alguna manera el dominio y control sobre la dirección y administración de la sociedad controlada.

De ese modo, el controlador está en condiciones de ejercer en cualquier momento su poder dominante sobre la dirección y administración de la sociedad controlada y por lo tanto de imponer su voluntad a la voluntad social.

En la medida que el controlador ejerce su poder dominante y por el ejercicio de la misma causa perjuicios a la propia sociedad, a socios o a terceros vinculados de alguna manera a ella, imputables a su dolo o culpa, podría ser, según hemos visto, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, responsable civilmente.

Pero el controlador podrá alegar para eludir dicha responsabilidad que él es una persona distinta e independiente de la sociedad controlada y que o no le corresponde responder por sus obligaciones o le corresponde si es socio responder sólo hasta el monto de su aporte a la misma. En tal evento, los demás socios y terceros podrían ver frustrados sus intentos de obtener una reparación de los perjuicios causados, por esta malla creada por la separación de personas, parcelación de patrimonios, y limitación de la responsabilidad del socio, entre la sociedad controlada y el controlador.

La pretensión de hacer responsable civilmente al controlador, de este modo, aparentemente, encuentra a este respecto dos obstáculos que pueden servir de escudo al controlador para no asumir las responsabilidades que en derecho le puedan corresponder: la persona jurídica y sus efectos y la responsabilidad limitada de los socios.

La persona jurídica y sus efectos, sin embargo, en verdad no obstan a la posibilidad de imputar responsabilidad al controlador por el ejercicio de su poder dominante sobre la dirección y administración de una sociedad.

(128) Esta sociedad puede ser bien una sociedad de responsabilidad limitada regida por la Ley 3918, una sociedad anónima regida por la Ley 18.046 o una sociedad en comandita regida por el Código Civil o por el Código de Comercio.

La persona jurídica, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, es un ente, constituido por una agrupación de personas o conjunto de bienes, organizados con fines lícitos de utilidad colectiva, al que el poder público reconoce la aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos o titular de relaciones jurídicas. (129)

La personalidad se reconoce a entes constituidos por una agrupación de personas o de bienes; entre ellos nuestro ordenamiento jurídico incluye al propio estado, a las municipalidades, establecimientos que se costean con fondos del erario, entes eclesiásticos, corporaciones, fundaciones y sociedades. (130)

Y se reconoce siempre que tales entes se organicen para fines lícitos y, por ende, no contrarios a las leyes, al orden público y a las buenas costumbres. (131)

La persona jurídica en ese orden de cosas satisface el propósito de simplificar la multiplicidad de relaciones jurídicas creadas en torno a la existencia de un ente con fines lícitos más o menos permanentes, en orden a distinguir los derechos y obligaciones existentes entre el ente y terceros y los derechos y obligaciones de los miembros del ente. (132)

El principal efecto que este reconocimiento produce es justamente la idoneidad del ente para ser sujeto de derechos, con su propia voluntad y su propio patrimonio y, en general, con sus propios atributos distintos de los de sus miembros individualmente considerados, y por lo tanto la posibilidad de participar en la vida jurídica para la consecución de sus fines de un modo independiente.

De ahí deriva la razón de ser de la distinción entre la persona jurídica y sus miembros; para simplificar la multiplicidad de relaciones jurídicas creadas en torno a la

(129) Código Civil, art. 545 y sgtes.; Victorio Peccio V., Manual de Derecho Civil, tomo III, pág. 101 y sgtes.; Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, Cuarta Edición, 2° parte, pág. 283 y sgtes.; Carlos Balmaceda Lazcano, opus cit. (103), pág. 47 y sgtes.

(130) Código Civil, art. 545 y 2053; Victorio Peccio V., opus cit. (129), pág. 121 y sgtes.

(131) Código Civil, art. 548 y 559, art. 1416-1467; Victorio Peccio V., opus cit. (129), pág. 137.

(132) Felipe de Solá Cañizares, opus cit. (1), tomo III, pág. 33 y 34.

existencia del ente en cuestión es necesaria la constitución de una unidad patrimonial independiente y autónoma.

Pero dicha distinción esta fuera de lugar en materias que ninguna relación tienen con esa razón de ser. (133)

En efecto, cuando se pretende hacer responsable al controlador por el ejercicio de su poder dominante sobre la dirección y administración de una sociedad, no se está haciendo efectiva su responsabilidad como socio y no se está exigiendo tampoco su responsabilidad por obligaciones o hechos de la sociedad.

En tal caso sólo se pretende la responsabilidad del controlador por sus propios hechos, por su conducta, por su participación dolosa o culposa en un hecho perjudicial que pudo evitar, cuestión absolutamente independiente del conflicto de relaciones que surgen en torno a la actividad de un ente y que la personalidad jurídica y sus efectos se encargan de ordenar.

En cuanto a la responsabilidad limitada de los socios, tampoco constituye realmente un obstáculo a la posibilidad de responsabilizar al controlador.

La responsabilidad limitada de los socios o accionistas se ha consagrado para fomentar el desarrollo de actividades empresariales, que las personas en muchas circunstancias no están dispuestas a realizar con responsabilidad ilimitada y solidaria atendidos los riesgos excesivos que implican. (134)

La responsabilidad limitada del socio no tiene aplicación cuando se pretende hacer responsable al controlador por el ejercicio de su poder dominante sobre la

(133) Corte de Apelaciones, fallo de 15 de Diciembre de 1937, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 36, sección 2^a, pág. 57. En él se dispone que la distinción entre sociedad y socios responde al concepto de que el patrimonio no pertenece a los asociados sino a la sociedad, como ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, por lo que dicha distinción está fuera de lugar en materias que ninguna relación tienen con dicha razón de ser.

(134) R. Guy de Montella, La Sociedad de Responsabilidad Limitada, Primera Edición, pág. 7 y 8; Jaime Gaité C., De la formación de un nuevo Proyecto de Ley sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, pág. 32 y 36, citando las palabras de don Luis Claro Solar; Felipe de Solá Cañizares, opus cit. (1), tomo III, pág. 1-12.

dirección y administración de una sociedad, pues como advertimos anteriormente no se está haciendo efectiva su responsabilidad como socio y no se está exigiendo tampoco su responsabilidad por obligaciones o hechos de la sociedad constituida para el desarrollo de las actividades en cuestión, sino la responsabilidad por sus propios hechos, por su participación dolosa o culposa en un hecho perjudicial.

La responsabilidad civil, esto es, la obligación de reparar el daño causado, es una responsabilidad personal y el autor del daño queda afectado a esa obligación ilimitadamente con todo su patrimonio.

5.2. Las formas legales escogidas por el controlador.

La responsabilidad del controlador puede ser enormemente difícil de establecer, si en su análisis se respeta las formas jurídicas de las que se ha valido el controlador para ejercer su poder dominante y para realizar los actos que atentan contra el ordenamiento jurídico, los estatutos y el interés social.

Particularmente en lo que dice relación con la situación de control, a la que a veces se llega por largas sucesiones de personas interpuestas entre el controlador y la sociedad controlada, en las que la dependencia no siempre deriva de la mayoría accionaria, sino a veces de vínculos más sutiles. Y en lo que dice relación con la calificación jurídica de actos, de activos, pasivos, ingresos, egresos o trasposos de recursos, que pueden aparecer como inversiones, aportes, préstamos, abonos o cargos en cuentas corrientes, intereses, reajustes, rentas de arrendamiento, comodatos, etc. sin serlos.

Esta dificultad para establecer la responsabilidad civil del controlador, obliga a elegir de entre dos alternativas de análisis de los actos, relaciones y circunstancias de hecho que la configuran.

La de un análisis formal de los actos, relaciones y circunstancias de hecho, en el que se respeta las formas jurídicas de las que se ha valido el controlador. O la de un análisis material de los actos, relaciones y circunstancias de hecho que puedan involucrar la responsabilidad del controlador, en el que se aprecia la verdadera naturaleza de los mismos, prescindiendo si es preciso de las formas jurídicas escogidas por éste.

La ley reconoce para tales efectos el poder del controlador sobre la persona y patrimonio de la controlada y valora la situación de hecho para impedir la burla de la disposición legal.

h) Sociedad matriz, filiales y coligadas.

La Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, especialmente en sus artículos 86 y siguientes, admite que el control es una situación de hecho, al definir las filiales o coligadas en función del control o posesión del capital con derecho a voto - por sí o a través de una persona natural o jurídica. (148)

Por otra parte, contiene una serie de disposiciones que de alguna manera persiguen que interesados puedan tener conocimiento de las situaciones de hecho existentes entre sociedades relacionadas: la obligación de observar en las operaciones entre sociedades relacionadas condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, la obligación de informar en la memoria anual de las inversiones en sociedades coligadas o filiales y las modificaciones ocurridas en ellas durante el ejercicio, la obligación de la sociedad matriz de confeccionar un balance anual consolidado y señalar información precisa sobre las sociedades coligadas y filiales en las correspondientes

(148) La Ley 18046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13). dispone en su art. 86: "Es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda hacer elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores. La sociedad en comandita será también filial de una anónima, cuando ésta tenga el poder para dirigir u orientar la administración del gestor." En su artículo 87 dispone: "'Es sociedad coligada con una sociedad anónima aquella en la que ésta, que se denomina coligante, sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda hacer elegir o designar o hacer elegir o designar por lo menos un miembro del directorio o de la administración de la misma. La sociedad en comandita será también coligada de una anónima, cuando ésta pueda participar en la designación del gestor o en la orientación de la gestión de la empresa que ésta ejerza."

notas explicativas, facultad dada por la ley a la Superintendencia de Valores y Seguros para dictar normas sobre la valorización de inversiones. Incluso se establece que el dividendo mínimo en el caso de la sociedad matriz se calcula sobre la base de utilidades consolidadas. (149)

Todo esto importa, sin duda, una valoración de las situaciones reales para efectos principalmente de responsabilidad.

i) Concepto de entidades o personas relacionadas.

La autoridad ha definido en materia de derecho de sociedades lo que debe entenderse por personas relacionadas, sobre la base de consideraciones de hecho.

En efecto, menciona entre las entidades relacionadas con una sociedad, no sólo a las personas vinculadas por porcentajes accionarios, vínculo netamente jurídico, sino a los parientes inmediatos de éstas, sus sociedades coligadas, filiales, matrices y coligantes, las entidades sobre las cuales tiene directamente o a través de terceros el poder para influir significativamente en sus administraciones o políticas. (150)

La autoridad fiscalizadora tuvo que recurrir a la valoración de una situación real de control, para evitar de ese modo la burla de sus disposiciones y hacer verdaderamente eficaz su fiscalización.

j) Responsabilidad de administradores de la matriz.

La autoridad ha establecido para los administradores de una sociedad matriz, la responsabilidad de instruir a los administradores de sus filiales sobre el cumplimiento adecuado de ciertos requerimientos de información. (151)

La imposición por la autoridad de una responsabilidad de ese tipo, es un reconocimiento de la posibilidad real del controlador de influir en las sociedades controladas, a través de sus órganos de dirección y administración, y una valoración de las relaciones y circunstancias de hecho para

(149) Ley 18046, sobre Sociedades Anónimas, cit. (13), art. 88 y sgtes.

(150) Superintendencia de Valores y Seguros, circular N°103 y 109, 142, 165, 239 y 240, cit. (17).

(151) Superintendencia de Valores y Seguros, circular N° 218, cit. (17).

evitar se eludan sus disposiciones.

k) Contrato de trabajo de plazo fijo.

La ley consagra el vencimiento del plazo convenido como una causa de terminación del contrato de trabajo celebrado a plazo fijo y agrega que el hecho de continuar el trabajador prestando servicios, con conocimiento del empleador, después de expirado el plazo, transforma el contrato en uno de duración indefinida. El mismo efecto produce la segunda renovación de un contrato de plazo fijo. (152)

La norma trata de evitar que, a través de la celebración de uno o sucesivos contratos de plazo fijo, se encubra la contratación de un trabajador por tiempo indefinido, modalidad que acarrea una serie de obligaciones para el empleador y que podría burlar a través de esa maquinación jurídica.

l) Celebración de contratos de trabajo sucesivos.

En el caso de un trabajador que ha trabajado ininterrumpidamente para un mismo empleador, pero que en razón de desempeñarse en diferentes obras suscribe contratos de trabajo sucesivos, nuestros tribunales han resuelto reiteradamente que debe atenderse a la relación que de hecho ha existido entre el trabajador y la empresa sin considerar lo que formalmente se estipuló entre las partes.

En tales casos y en casos en que la celebración de contratos de trabajo sucesivos obedece a situaciones de abuso, la jurisprudencia ha reconocido existe una evidente continuidad y debe entenderse que el trabajador ingresó a prestar servicios a la empresa el día en que comenzó el primero de los contratos. (153)

m) Materia criminal, delitos o cuasidelitos penales.

Nuestros tribunales de justicia se han pronunciado, aún cuando con carácter provisorio, sobre las operaciones llamadas "calzadas", en virtud de las cuales se disimulaban

(152) D.L. 2200, sobre el Contrato Individual de Trabajo, cit. (140), art. 13, letra b.; Corte Suprema, fallo de 25 de Agosto de 1982, Silegal N°140 de 1982; Corte Suprema, fallo de 25 de Enero de 1983, Silegal N°89 de 1983.

(153) Corte Suprema, fallo de 14 de Julio de 1982 y fallo de 21 de Noviembre de 1983, Silegal N° 89 de 1983.

préstamos directos de un banco a una persona. (154)

Las operaciones se materializaban mediante el ardid de crear sociedades con un menguado patrimonio y sin giro real, destinadas exclusivamente a obtener los créditos en beneficio de dicha persona, o mediante la argucia de hacerlos depositar en otro banco para que apareciera éste, y no el primero, otorgando el crédito.

Los tribunales, para analizar las responsabilidades que pudieran corresponder a los partícipes en tales operaciones, valoraron los actos materiales, relaciones y circunstancias de hecho, prescindiendo de las formas jurídicas de las que tales operaciones aparecían revestidas.

n) Concepto de empleador.

La ley define al empleador como la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo. (155)

Nuestros tribunales han sostenido que podrían ser considerados como un solo empleador, aunque constituyan personas jurídicas distintas, las sociedades que tienen los mismos socios, el mismo objetivo social, que funcionan juntas y que ocupan los mismos dependientes. (156)

El fallo sienta doctrina en el sentido de que una sociedad no siempre puede excusarse de sus responsabilidades, por la circunstancia de ser ella y otra sociedad jurídicamente dos personas distintas.

Nuestros tribunales han resuelto, también, que, aún cuando en un juicio se presente un tercero reclamando la calidad de empleador, no se invalidan por ello las actuaciones de los sujetos que en el juicio han asumido la calidad de tales. (157)

(154) Autos de reo dictados por H. Cereceda y A. Bañados, cit. (17).

(155) Decreto Ley 2200, sobre el Contrato Individual de Trabajo, cit. (140), art. 3.

(156) Corte Suprema, fallo de 4 de Mayo de 1983, Silegal N°118 de 1983.

(157) Corte Suprema, fallo de 17 de Junio de 1982, Silegal N°100 de 1982.

En todas las normas, fallos y resoluciones citadas, relativas a los más diversos tópicos, se confirma un criterio jurídico que permite dar valor a situaciones de hecho por sobre el efecto de formas jurídicas.

En cada uno de los casos que se han citado el legislador, los tribunales o la autoridad administrativa manifiesta sus preferencias por los actos materiales, relaciones y circunstancias de hecho, cuando estos y las formas jurídicas de que aparecen revestidos entran en conflicto, se separan y se produce una dicotomía, de la que resultan perjuicios a una persona o eludidas las responsabilidades impuestas a un sujeto por el ordenamiento jurídico, por la autoridad judicial o administrativa.

Sería posible, de acuerdo a lo anterior, hacer prevalecer la realidad por sobre las formas jurídicas, cada vez que exista una situación de mera apariencia o simulación, una disconformidad entre la forma jurídica escogida, que resulta de la voluntad declarada de las partes, y los actos materiales, relaciones o circunstancias de hecho a que se refieren, que revelan una voluntad diferente. Y que de dicha mera apariencia o simulación resulte un menoscabo a una persona o eludidas las responsabilidades que corresponden a un sujeto.

En tales términos, en materia de responsabilidad extracontractual, de responsabilidad por el daño causado, cada vez que se presentare una situación de mera apariencia o simulación, el perjudicado podría invocar los hechos o actos que realmente han causado el menoscabo y las relaciones y circunstancias de hecho que permitan configurar la responsabilidad de su autor, y el juez debería hacer primar la verdad material y prescindir si es preciso de los efectos de las formas jurídicas de las que dichos actos, relaciones y circunstancias de hecho estuvieren revestidas.

No podría ser de otra forma, si se quiere que la acción de responsabilidad sea realmente eficaz.

Así es también en materia de responsabilidad penal, en la que prima en la investigación de los actos materiales, relaciones y circunstancias de hecho y en el análisis de las responsabilidades la verdad material y de la que, por lo demás, puede derivar responsabilidad extracontractual. (158)

(158) Rafael Fontecilla Riquelme, Derecho Procesal Penal, pág. 3. Sobre el particular el autor señala: "En la justicia penal ... se establece la realidad de la cosa y el juez la considera para llegar a la certeza de la responsabilidad del autor del hecho."

- 94) Dirección del Trabajo, ordinario 3729 de 27 de Julio de 1984, Silegal N°178 de 1984.
- 95) Dirección del Trabajo, ordinario de 11 de Noviembre de 1983, Silegal N°142 de 1983.
- 96) Corte Suprema, fallo de 28 de Enero de 1982, Silegal N°90 de 1982.
- 97) Corte Suprema, fallo de 31 de Mayo de 1982, Silegal N°142 de 1982.
- 98) Corte Suprema, fallo de 15 de Julio de 1981, Silegal N°102 de 1981.
- 99) Decreto Ley 2759, publicado en el Diario Oficial N°30.407 de 6 de Julio de 1979.
- 100) Corte Suprema, fallo de 6 de Octubre de 1981, Silegal N°112 de 1981.
- 101) Dirección del Trabajo, oficio ordinario 3505 de 13 de Julio de 1984, Silegal N°166 de 1984.
- 102) Corte Suprema, fallo de 25 de Agosto de 1982, Silegal N°140 de 1982.
- 103) Corte Suprema, fallo de 25 de Enero de 1983, Silegal N°89 de 1983.
- 104) Corte Suprema, fallo de 14 de Julio de 1982, Silegal N° 89 de 1983.
- 105) Corte Suprema, fallo de 21 de Noviembre de 1983, Silegal N° 89 de 1983.
- 106) Corte Suprema, fallo de 4 de Mayo de 1983, Silegal N°118 de 1983.
- 107) Corte Suprema, fallo de 17 de Junio de 1982, Silegal N°100 de 1982.
- 108) Rafael Fontecilla Riquelme, Derecho Procesal Penal, 1943, El Imparcial, Santiago.
- 109) Blanca Vila da Costa, El Abuso de Posición Dominante en la Comunidad Económica Europea, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid.
- 110) Carlos R. S. Alconada, El poder compensatorio en la sociedad de consumo de masas, artículo publicado en la Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, de Junio de 1970. Buenos Aires.
- 111) J. Glesteer, Droit Civil. Introduction Générale, Primera Edición, 1977, L.G.O.J.
- 112) Jaime Malamud Goti, Política Criminal de la Empresa, Primera Edición, Editorial Hammurabi. Buenos Aires.
- 113) Jaques Flour y Jean Luc Aubert, Droit Civil. Les Obligation. Primera Edición, 1984, Editorial Armand Colin. Paris.
- 114) Amadeo Alamada, La Simulación, Primera Edición, 1937, Editorial Peña y Cía. Montevideo.
- 115) Vicente Baldó de Castaño, El Empresario Social.
- 116) Henri et Maurice Molierac, Manuel des Sociétés, Primera Edición, 1969, Librairie Dalloz. Paris.

- 117) G. Ripert, La règle morale dans les obligation civiles, Primera Edición, 1949, L.G.D.J.
- 118) N. Rotondi y R. Rodière, Recueil Systématique de Jurisprudence commente 6, 1978, Paris.
- 119) Arturo Alessandri Rodríguez, Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones, Primera Edición, 1934, Editorial Imprenta El Esfuerzo. Santiago.
- 120) Enrique Carlos Banchio, Responsabilidad Obligacional Indirecta, Primera Edición, 1973, Editorial Astrea de R.y H. Depalma. Buenos Aires.
- 121) Fiscalía de la Superintendencia de Valores y Seguros, Derecho de los accionistas de las sociedades anónimas abiertas.
- 122) Raul Contreras Torres, El Delito de Estafa, Primera Edición, Librotec Limitada Editores, Santiago.

7. INDICE.

1. PREAMBULO.
2. INTRODUCCION.
 - 2.1. La concentración de empresas.
 - 2.2. Tipos de concentración de empresas.
 - A) Formas de coordinación.
 - a.1. Cartel.
 - a.2. Consorcio.
 - a.3. Pool.
 - B) Formas de subordinación.
 - b.1. Contratos de empresa.
 - b.2. Sindicación de acciones.
 - b.3. Trust.
 - b.4. Holding.
3. EL CONTROLADOR.
 - 3.1. La sociedad y el controlador.
 - 3.2. Controlador.
 - 3.3. Grupo.
4. RESPONSABILIDAD DEL CONTROLADOR POR EL EJERCICIO DE PODER DOMINANTE SOBRE UNA SOCIEDAD.
 - 4.1. Planteamiento del problema.
 - 4.2. Antecedentes sobre el controlador y su responsabilidad por el ejercicio de poder dominante.
 - 4.3. Responsabilidad civil extracontractual del controlador por el ejercicio de poder dominante de acuerdo al Código Civil.
 - 4.4. Formulación general sobre la responsabilidad civil del controlador por el ejercicio de su poder dominante.
5. OBSTACULOS PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL CONTROLADOR POR EL EJERCICIO DE PODER DOMI-

NANTE SOBRE UNA SOCIEDAD.

5.1. La persona jurídica y sus efectos, y la
responsabilidad limitada de los socios.

5.2. Las formas legales escogidas por el controlador.

6. BIBLIOGRAFIA.

7. INDICE.