

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION  
ESCUELA DE DERECHO  
CHILE



# REVISTA DE DERECHO

AÑO XLI — N° 162

JULIO - DICIEMBRE DE 1974

Director: HUMBERTO TORRES RAMIREZ  
Subdirector: LUIS HERRERA REYES  
Secretario: MARCELO FERREIRA BIZAMA

Consejo Consultivo:

JORGE ACUÑA ESTAI	MARIO ROJAS RODRIGUEZ
SERGIO GALAZ ULLOA	BERNARDO GESCHE MULLER
ARTURO PARADA KREFT	HECTOR RONCAGLIOLO DOSQUE
ELIZABETH EMILFORK SOTO	

## **EL LUGAR DE LA NOCIÓN DE CONTROL EN DERECHO DE SOCIEDADES**

**CLAUDE I. BERR**

Universidad de Grenoble (Francia)

Traducción de:

**RICARDO SANDOVAL LOPEZ**

Doctor en Derecho Privado

Universidad de Grenoble (Francia)

En la historia del Derecho de Sociedades sin ninguna duda los últimos quince años podrán ser calificados como la edad de oro de la noción de control. Ya sea que se le tome en su sentido tradicional o en su nuevo sentido, el control ha dado lugar a brillantes estudios doctrinarios, a numerosos coloquios y ha dado a la jurisprudencia la ocasión salir, torpemente a veces, de los senderos trazados por el derecho clásico de sociedades. Se acepta hoy día sin discusión la distinción entre accionistas de control y accionistas colocadores de fondos. Expresiones tales como el "abuso de control" o la "cesión de control" son empleadas frecuentemente y un proyecto de ley fundamental para el devenir del derecho de sociedades hace del control la noción central del futuro derecho de los grupos de sociedades. Se trata pues, indiscutiblemente, de una noción "en plena euforia" empleando la expresión del Decano SAVATIER.

Sin embargo, esta noción guarda todavía muchos misterios y no se podría afirmar que el atascamiento que ella ha originado y la atracción que ella continúa ejerciendo sobre los espíritus se deban a su gran claridad o a su precisión. La mayoría de los autores se limitan más bien a decir, cuando la analizan, que se trata de una noción compleja, difícil de aprehender y de contenido incierto. Este hecho no es nuevo en derecho de sociedades. Aquí como en varios otros dominios, la declinación

de las categorías jurídicas es un fenómeno bastante conocido del siglo XX. Desde que se introdujo en materia de sociedades la idea de institución para combatir la de contrato, la idea de órgano para desplazar la de mandatario, la idea de función para eliminar la de derecho subjetivo, nos hemos alejado las tranquilas riberas del Derecho Civil. Quién podría negar, por otra parte, que el derecho de sociedades ha ganado en realismo lo que perdió en rigor formal. ¿Y qué comercialista no se felicitaría, a veces con perfidia, de contribuir a la autonomía de la disciplina que le es querida?

No había pues, nos parece, sino que regocijarse al ver enriquecerse el arsenal de conceptos propios del derecho de sociedades. También las reflexiones que nos hemos propuesto verter sobre el papel en homenaje sincero a la lucidez del Profesor Bastian no deben considerarse en ningún momento, como una empresa de subversión dirigida contra una noción a la cual, en evidencia, sería temerario no reservar un lugar de honor en el derecho contemporáneo de sociedades. Tanto como cualquiera otra persona, pensamos que el aventurerismo jurídico es indispensable para la evolución de las instituciones y que el derecho de sociedades ha progresado más en los últimos veinte años que durante todo el siglo anterior. Pero esto no impide, por el contrario, mirar hacia atrás, a veces, para examinar el camino recorrido, no sea que por querer alejarse demasiado del punto de partida, los aventureros del derecho tengan frecuentemente la sorpresa de encontrarse en definitiva muy cerca de éste, después de haber "navegado" durante mucho tiempo. Basta para convencerse recordar los esfuerzos desplegados por nuestros predecesores, para forjar la noción de personalidad moral que condicionaría todo el desarrollo de las sociedades comerciales. En verdad nadie pensaría hoy en día discutir la posibilidad de "almorzar con una persona jurídica". Sin embargo, al mirarlo de más cerca es fácil darse cuenta por ejemplo que los comercialistas, atraídos por el ejemplo del derecho tributario, han tratado de introducir en derecho de Sociedades la noción de "Transparencia" como reacción contra ciertos abusos de la personalidad jurídica. Esta dialéctica de conceptos se encuentra también a nivel de la responsabilidad limitada de los accionistas, seriamente cuestionada en nuestros días así no sea por el sistema de extensión del pasivo. Los ejemplos podrían multiplicarse. Nada se agregaría a la idea finalmente vanal que los conceptos nuevos en derecho de sociedades no tienen sino un valor utilitario, que responden a un determinado momento y habida consideración de una determinada situación económica, a las necesidades inmediatas de esa economía y, por vía de consecuencia, están constantemente sujetos a revisión. Es por esto que tendría

que faltar singularmente a la modestia para pretender fijar el lugar que deberá ocupar en el futuro la noción de control fijándose en el que ella ocupa actualmente. Nada impide por el contrario, preocuparse de sus orígenes.

La noción de control, a decir verdad, al menos bajo su forma primitiva, es en sí misma, antigua. Tomada en un sentido vecino al de vigilancia, el control de los asociados sobre la gestión ha sido siempre una pieza maestra de la organización y del funcionamiento de las sociedades. Contrapartida de los poderes dados a los dirigentes para administrar los negocios sociales, ella ha representado durante largo tiempo, la garantía del respeto de los derechos de los que no participan directamente del ejercicio del poder. Pero, después de varios años, el control que acapara la atención ha tomado una nueva acepción. Se trata, como se ha observado, frecuentemente de la adaptación francesa del término anglosajón "control", que se puede traducirse aproximadamente por "dominación". Dicho esto por otra parte, las dificultades de la definición comienzan y con ellas las controversias. Nos dedicaremos por el momento a observar que, lo que diferencia a primera vista las dos acepciones del control, es el hecho que, en el sentido de poder, no ha sido considerado como tal en ninguna parte por el legislador, el que, por contrario, consagra numerosos textos a la vigilancia de los asociados sobre los dirigentes.

¿Esta ignorancia del fenómeno del "control-dominación" significa por ende que la noción de control no tiene un lugar en el derecho contemporáneo de sociedades? Tal es precisamente el problema.

Desde principio puede hacerse una constatación, es manifiesto, en efecto, que el "control-vigilancia" y el "control-dominación" no provienen del mismo orden conceptual. Uno pertenece al mundo de las categorías jurídicas tradicionales, el otro es indiscutiblemente de dominio del hecho o si se prefiere de la economía. El "control-dominación" es entonces una noción que no puede encontrar su fuente en las normas jurídicas. Se puede observar su existencia objetiva, tratar de hacerlo producir ciertos efectos jurídicos, pero no puede olvidarse su origen. En verdad, así esquematizada, la oposición entre los dos sentidos de la noción de control es sin duda demasiada definida y como cada vez que se habla de la distinción entre el derecho y el hecho, conviene demostrar una gran prudencia. El derecho comercial, y es una de sus características, no busca por principio cubrirse la cara delante de las situaciones de hecho. Destinado a regir los fenómenos económicos más bien que a hacer triunfar los preceptos del derecho natural, no puede ignorar la realidad. La tendencia contemporánea del legislador y de la jurisprudencia



cia estaría más bien por otorgarle efectos jurídicos a las situaciones de hecho a veces más rigurosos que a las situaciones de derecho. La teoría de las sociedades de hecho o la de los dirijentes de hecho están ahí para demostrarlo.

También sería un tanto brutal asignar a la entrada en juego de la moderna noción de control un lugar puramente extra-jurídico. La observación muestra al contrario que esta noción tiende invadir el derecho de sociedades alejando ciertas construcciones clásicas que, en consecuencia, pasan a ser obsoletas. Ya los tribunales se han aventurado a decir que el control podría cederse como un bien y aún si la Corte de casación no los ha seguido, y se ha negado a salir del cuadro jurídico de la cesión de acciones, única operación prevista y reglamentada en los textos, debemos reconocer que una puerta se ha abierto y que comienza la lenta marcha del hecho hacia la consagración legal. Esto no significa necesariamente, creemos nosotros, que su accesión al mundo de las categorías jurídicas tendrá lugar en un futuro muy próximo. En otros terrenos, un efecto, las nociones de hecho que esperan desde hace tiempo su consagración jurídica son numerosas. El establecimiento de comercio ha sido siempre analizado, según sabemos, como una universalidad de hecho. En cuanto a la empresa, a pesar de los renovados esfuerzos de la doctrina, parece que el derecho la hace pacientar en su antesala.

En lo relativo al control, por el contrario, es probable que las cosas puedan evolucionar más rápidamente. Varios espíritus reclaman con insistencia su consagración legislativa y siguiendo ciertos ejemplos extranjeros podría ocurrir que nuestro derecho esté en vísperas de darle una ubicación lo que no dejaría de provocar profundos trastornos en diferentes dominios. Nos parece que ha llegado el momento de pensar no sólo en el lugar que ocupa actualmente la noción de control, sino también en el que le podría ser reservado en el futuro. Sin tener la pretensión de agotar un tema tan rico y tan complejo, queremos al menos contribuir a esta reflexión, con plena conciencia que, al nivel de una síntesis general, dejaremos necesariamente de lado ciertos aspectos importantes del problema. He aquí, sin embargo, un riesgo que debe soportarse cuando se quiere mirar desde una distancia suficiente a las instituciones.

En tal visión de conjunto nos parece posible observar que la noción de control apareció primero como una especie revelador de las debilidades del análisis clásico de la Sociedad, y que, en esta medida, ella ha jugado un rol de instrumento de crítica notable. Ella ha permitido tomar conciencia de todo un conjunto de insuficiencias, de ilusiones o ideas recibidas que disimulaban la aproximación puramente jurídica de la sociedad. Era inevitable

que el derecho de sociedades sufriera, por así decirlo cierta corrosión. Pero, aún no se sabe, puesto que la corrosión puso al desnudo sus debilidades, si la noción de control está en medida de proporcionar bases suficientes de elaboración de un nuevo derecho de sociedades más conforme que el antiguo a las exigencias de nuestro tiempo y del porvenir.

**1.— La noción de control y la crítica del análisis clásico de las sociedades.**

De su origen contractual el derecho de sociedades ha conservado hasta nuestros días, a pesar de las recientes reformas, un cierto gusto por las categorías jurídicas clásicas. La sociedad sigue siendo una convención en todo lo relativo a su fundación y si, a nivel de su organización y de su funcionamiento, ha llegado a ser una institución, podemos afirmar que se trata, en todo caso, de una institución jurídica. Entendemos por ésto que todos los interesados en la vida de la sociedad están sujetos a ciertas obligaciones y tienen ciertos derechos, que según las normas jurídicas, constituyen su estatuto. Resulta entonces que el análisis clásico de las relaciones entre las diferentes partes interesadas (asociadas, dirigentes, inspectores de cuentas, etc.), proviene del razonamiento jurídico. Por lo mismo, si hay diferencias entre los diversos tipos de sociedades, ellos se deben a razones que se afirman en la autonomía de la voluntad de los fundadores. No es en todo caso por razones de orden económico. ¿Cuántas veces hemos intentado, por ejemplo, someter las "grandes" y las "pequeñas" sociedades anónimas a legislaciones diferentes? Pero el derecho clásico francés se ha negado a hacer tal distinción y para él, sólo el pacto inicial originado en el todo poderoso acuerdo contractual permite reconocer e identificar las personas morales, independientemente de toda consideración concreta.

El funcionamiento de las sociedades, en consecuencia, está sometido a un conjunto de reglas abstractas, desligadas de la realidad.

Los asociados titulares de derecho sobre el capital y los beneficios participan en la vida social por medio de su derecho de voto proporcional, en principio, al capital que poseen. Los dirigentes investidos del derecho de administrar los negocios sociales, se esfuerzan en realizar el objeto de la sociedad y, las personas que la ley encarga de verificar las cuentas con grandes atribuciones de investigación, cumplen con el deber de verificar y de someter a la aprobación de los socios las operaciones efectuadas por los dirigentes. Todo esto se desarrolla en el mundo aseptizado de la norma de derecho y bajo el lejano y eventual

control de los tribunales que pueden siempre "dirimir las diferencias entre los asociados". Poco importa que en el hecho, las asambleas generales sean ficticias, que las decisiones sean aprobadas por medio de la técnica de los poderes en blanco por aquellos que sólo se estiman contentos de haberlos presentado, que los comisarios de cuentas hayan formado parte durante largo tiempo del círculo de amigos de los dirigentes y que se hayan mostrado particularmente discretos respecto de ellos. El derecho clásico de sociedades se desinteresa de lo concreto.

Pero, si no se pone en guardia y se deja cavar la fosa entre el derecho y la realidad, el legislador no ha presentido, nos parece, los peligros que amenazan sus construcciones demasiadas abstractas. Estos últimos han devenido poco a poco vacíos de sentido y no han podido abordar los verdaderos problemas que se plantean en las sociedades. Ha correspondido a la doctrina contemporánea y no es un pequeño mérito, proponer análisis nuevos y proporcionar una explicación científica a ese desajuste insolente entre el derecho y la realidad. La noción de control precisamente, constituye un instrumento de investigación notable. Revelando el carácter falaz de los esquemas tradicionales, ella sirve de punto de partida a un análisis realista de los mecanismos societarios. Pero ello ha tenido también como efecto —y es este sin duda su aspecto más corrosivo— preparar un verdadero trastorno de los fundamentos institucionales del derecho de sociedades.

#### **A.— El análisis realista de los mecanismos societarios.**

Se enseñaba aún a comienzo de siglo (y sin duda se ha continuado haciéndolo hasta una fecha relativamente reciente) que el funcionamiento de las sociedades, esencialmente el de las sociedades anónimas, se inspiraba en el esquema de la democracia parlamentaria y que la igualdad entre los asociados debía dominar la vida social. Indiscutibles en derecho estos axiomas, no han sido jamás puestos en práctica y desde hace largo tiempo los juristas no afirman más que las sociedades sean instituciones democráticas e igualitarias. Progresivamente estas desilusiones se han disipado y la noción de control ha proporcionado una explicación coherente de este fenómeno.

En lo que se refiere al esquema democrático de gobierno de la sociedad, la observación aún superficial del mecanismo de la toma de decisiones bastaría, desde hace tiempo, para descartar la idea de acuerdo con la cual, todos los asociados participarían en él. La regla, jurídica esta última, que quiere que el número de votos sea proporcional al número de acciones detenidas, es desde luego de naturaleza a hacer dudar que el legis-



lador haya entendido jamás poner en marcha una estructura verdaderamente democrática. Por lo mismo, constatar que, entre los asociados, algunos se interesan más que otros en la administración de los negocios sociales, vendría a ser vanal.

El interés de la noción de control a este nivel parece precisamente haber sido a la vez, el proporcionar una explicación y un análisis satisfactorio de tales fenómenos. Se ha podido así poner en evidencia el hecho que, para adquirir el dominio de una sociedad y el de sus destinos, no era de ninguna manera necesario, poseer la mitad de su capital y que existe todo un arsenal de procedimientos que permiten a una o muchas personas dominar la vida social. Estos procedimientos son ahora demasiado conocidos para que nosotros insistamos sobre su descripción y se sabe por ejemplo que la dominación puede resultar tanto del control financiero como del control directorial, directo o indirecto, y que una participación aún minoritaria es suficiente, al menos si los títulos de la sociedad están ampliamente repartidos en el público. También se han descrito cuidadosamente los diversos métodos que se ofrecen a los interesados para adquirir el control de una sociedad sea por la agresión directa, sea por subversión. En fin, la doctrina se ha esforzado en presentar el control como una noción susceptible de graduación, y sí, los límites no pueden evidentemente trazarse de una manera rigurosa, se admite hoy en día que deben introducirse matices entre las participaciones simbólicas, el control minoritario, mayoritario y totalitario.

Es entonces esta una nueva "Carta" política y no ya jurídica que permite trazar la noción de control, una nueva visión concreta y realista de las relaciones de fuerza en presencia, un análisis nuevo de los problemas alejado también del análisis puramente jurídico de las instituciones como la ciencia política lo está del Derecho Constitucional.

Considerada desde este ángulo, la noción de control asombra sobre todo por su carácter subjetivo. Ella invita a una investigación profunda y a veces indiscreta de las relaciones psicológicas existentes entre las diferentes fracciones o grupos que se oponen en el seno de una sociedad. Ella obliga a buscar las intenciones profundas de unos y de otros, a preguntarse, por ejemplo si la compra de acciones en Bolsa por un accionista tiene por finalidad una simple inversión o la adquisición futura del control. Como tal, ella da lugar a un substancial margen de error. Pero la prudencia de los tribunales es grande y las jurisdicciones que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la existencia del control en una sociedad, particularmente en caso de convenio judicial o de liquidación de bienes, no han admitido en la práctica tal existencia sino en circunstancias per-



fectamente caracterizada. Los magistrados atribuyen todavía una preponderancia manifiesta, entre los criterios del control, a la importancia de la participación en el capital. No se encontrará ninguna decisión que haya aceptado una noción puramente "desmaterializada" del control. Sin embargo, en el plano teórico, el valor de la noción "pura" de control no es discutible, aunque, como toda noción de hecho, ella puede difícilmente ser objeto de una definición precisa. La ilusión de la democracia en las sociedades no puede en todo caso resistirle como tampoco la ilusión de la igualdad entre los asociados.

Si la distinción ahora bien establecida entre accionistas de control y accionistas colocadores de fondos no se refería en un primer tiempo, sino al problema de la administración de los negocios sociales, podríamos pensar que ellos tenían, los unos y los otros, derecho a un tratamiento igualitario en lo relativo al valor de sus títulos. Sin embargo, he aquí de subjetiva, la noción de control tiende a tomar un carácter objetivo. El pasaje era esperado, pero las resistencias aquí son más duras.

En la medida en que la toma de control de una sociedad ocurre en la inmensa mayoría de los casos por la adquisición de una fracción substancial del capital, se comprende fácilmente que se instaura, a veces, una verdadera carrera entre los grupos financieros en competencia. La fuerte demanda de títulos —que las sutiles técnicas permiten, llegado el caso, extenderse en el tiempo a fin de no despertar sospechas—, tendrá por efecto natural de hacer subir su valor, a veces en proporción considerables. En el ejemplo más simple aquel en que el umbral de control es de 5% de las acciones, está claro que el grupo que posee 49% de dichas acciones y que ve la dominación de la sociedad a su alcance está presto a consentir un importante sacrificio financiero para hacerse titular de las acciones que le faltan. Feliz entonces el accionista dispuesto a ceder. La plusvalía de su título representará exactamente el precio del control y el accionista habrá beneficiado de una doble desigualdad de tratamiento: más cerca del límite que se hayan fijado los adquirentes podrá hacer pagar más caro su desistimiento que los vendedores más apurados que él en deshacerse de sus títulos. Y sobre todo, el último en hacer bascular ya mayoría dejará detrás de él el 49% de los accionistas restantes, cuyos títulos no interesan a nadie, ni a los contratantes suficientemente cubiertos, ni a los competidores poco deseosos de adquirir títulos durmientes. No podríamos contentarnos en admitir con fatalismo esta situación de hecho que viola manifiestamente los derechos individuales de los accionistas. ¿Pero las reglas jurídicas procuran los medios para escapar a esta consecuencia lógica de

la noción de control? La importancia de esta interrogante no podría disimularse, puesto que en la práctica las cesiones de control tienden a devenir operaciones vanales y cotidianas, y tienen, por definición misma, un alcance considerable a la vez para la sociedad y para los accionistas colocadores de fondos cuya suerte va encontrarse ligada, de un día al otro, a la voluntad de los nuevos contratantes. Es por eso que la sobrevivencia misma de la sociedad está en juego, cuando por ejemplo, el grupo que adquiere el control es competidor directo de la sociedad y no ha procedido a la adquisición sino con el propósito de dejar dormida o eliminar pura o simplemente a la sociedad afectada.

Los trabajos de la doctrina en este dominio han contribuido grandemente en los últimos años a aclarar los supuestos del problema pero no se puede afirmar que las soluciones radicales estén a la vista. Esto proviene tal vez del hecho que el proceder al análisis global de la operación denominada "cesión de control" (traspaso de control) hemos sido conducidos a dar una apreciación de conjunto sobre sus resultados, sin disociar claramente, como nosotros pensamos que hay que hacerlo, sus dos diferentes aspectos. En efecto, la cesión de control conduce a modificar el régimen político y la relación de fuerza en el seno de la sociedad y podríamos preguntarnos si, visto de este ángulo, ella no se estrella contra ciertos obstáculos entre los cuales el principal sería el respeto del interés social. Pero ocurre igualmente que la cesión de control revela el deseo de ciertos asociados "bien ubicados" de atribuirse una ventaja particular en detrimento de los otros. No es más entonces la idea de interés social la que entra en juego, puesto que, en la ocurrencia, no se trata de un debate entre intereses particulares. En esas condiciones, la interrogante que puede plantearse es la siguiente: ¿debe admitirse que el control agrega un valor a los títulos que permiten adquirirlo? Dicho de otro modo, ¿debe alentarse la tendencia a la "patrimonialización del control?"

Es aquí, pensamos nosotros, que se sitúa el verdadero problema. La cesión de control, como todo cambio relativo al gobierno de la sociedad, escapa a la norma jurídica. No más que el legislador que poniendo como regla fundamental del matrimonio la obligación de fidelidad, no puede impedir que se comenten adulterios, el derecho de sociedades no puede impedir las luchas por el poder. Cuándo más el legislador puede sacar, si el caso se presenta, las consecuencias de una violación de las reglas que él ha impuesto, si determinados intereses le parecen demasiado amenazados. En la especie, nada permite pensar que los traspasos de acciones, cuyo objetivo confesado es el cambio del régimen político de la sociedad, son en sí mismo condenables. No se trata aquí en principio sino de una operación

proveniente de la estrategia del gobierno. Es por eso que toda tentativa para prohibir, de manera general, las cesiones de control o por someterlas a condiciones especiales nos parece nefasta. La cesión de control que reviste la forma jurídica de una cesión de acciones es en sí misma una operación perfectamente lícita. La pretendida especificidad de la cesión de control nos deja un poco escépticos, puesto que no llegamos a comprender en qué, sobre el terreno del análisis jurídico, ese contrato escaparía a las reglas generales. Nos parece necesario, sin embargo, explicarnos sobre este punto, puesto que no nos gustaría ser acusados de falta de realismo. En verdad, tanto como cualquiera, somos sensibles a la diferencia de hecho considerable entre una cesión vaval de títulos y una cesión de control que se prepara y se negocia largamente, hecha generalmente mediante un protocolo de acuerdo entre las partes y que se inscribe de una manera más general en el proceso de conquista del poder. Pero persistimos en pensar que la protección de los intereses en presencia en tal operación puede ser perfectamente asegurada por medio del análisis jurídico clásico.

No es sino para convencerse que, como todo contrato, la cesión de acciones requiere para su validez una causa lícita, en tanto que los motivos que han animado a sus autores son en principio indiferentes. Poco importa pues que el accionista ceda sus títulos porque él quiere comprarse una casa de campo, porque él piensa hacer una inversión más ventajosa o porque, precisamente, él desea que el control de la sociedad cambie de manos. Se trata aquí de motivaciones psicológicas respecto de las cuales el legislador de derecho común ha querido sabiamente cerrar los ojos. Las cosas no cambian sino cuando los motivos son ilícitos o inmorales, por qué el velo del acto jurídico no podría cubrir no importa cual transacción. También el hecho que la cesión de acciones haya tenido por causa impulsiva y determinante el traspaso del control, es en sí mismo indiferente, al menos cuando no afecta al interés social de ciertos accionistas. En tal hipótesis, entraríamos en el dominio de lo ilícito y de lo prohibido. Pero, mientras tales motivos no sean establecidos, ninguna razón sería permite considerar "a priori" las cesiones de control como afectas a cualquiera sospecha. Es por lo demás esta la posición adoptada por la Corte de Casación el 21 de enero de 1970 en el asunto Saupiquet-Cassegrain. Destacando que "no ha lugar de considerar las intenciones presumidas de las sociedades interesadas como tampoco "las hipótesis sobre el porvenir a más o menos largo plazo" y que "las decisiones litigiosas no han sido tomadas sin considerar el interés de la sociedad y únicamente con la mira de favorecer ciertos accionistas en perjuicio de otros", la Corte de Casación está lejos de haber demostrado



un espíritu retrógrado de los problemas del Derecho Comercial. Lejos de denegar a la cesión de control su particularismo, lejos de negarse a ver en ella una operación comercial compleja, la alta jurisdicción, conforme a su vocación que es la de decir el derecho y no de crearlo, se negó a dejarse llevar, por una determinada corriente de pensamiento que, de toda buena fe por los demás, conduciría si no se pone en guardia, a hacer escapar la vida de las sociedades de los apremios generales del Derecho.

Siendo esto así, el problema de principio planteado por la patrimonialización del control subsiste. ¿Es admisible que se aplique un tratamiento discriminatorio a los diferentes accionistas y que el control sea la razón de un suplemento agregado al precio normal de la cesión? A esta interrogante la doctrina responde generalmente en forma negativa. En conjunto, la desigualdad entre los asociados en el plano patrimonial se mira con más antipatía que su desigualdad política. Numerosos sistemas se han propuesto para evitar la lesión de los minoritarios. No las describimos aquí preocupados de permanecer al nivel de la síntesis. Lo que nos parece importante, sin embargo, es constatar que la idea en sí misma de valorización pecuniaria del control no es seriamente puesta en duda. Todos los esfuerzos actuales tienden a lograr una distribución más equitativa de este valor, valiéndose por ejemplo de una oferta pública de compra (1) complementaria al conjunto de los accionistas. Sin duda es ésta una aprehensión realista de las cosas. La experiencia ha demostrado que el derecho francés no vacila en consagrar el valor de los monopolios de explotación, de los clientes, de las invenciones, y de otras formas de propiedad intelectual. Se nos permitirá observar sin embargo, que en la especie, la plusvalía de los títulos de control no corresponde a ninguna actividad personal del accionista que la aprovecha y que no se trata, en suma, sino de una verdadera "renta de situación".

Como quiera que esto sea, la noción de control tomada en sí misma, ocupa ahora en adelante un lugar fundamental entre los instrumentos de análisis de los mecanismos societarios. No se podría comprender el funcionamiento de las sociedades anónimas sin referirse a ella constantemente. Pero en análisis realista de la vida de las sociedades, al ubicar el control como fuente de la dinámica de las instituciones, debería conducir inevitablemente a una reflexión sobre los fundamentos mismos de esas instituciones, con riesgo de estremecer las construcciones jurídicas consideradas como las más sólidas...

(1) Las ofertas públicas de compra (O.P.A.) han sido reglamentadas en Francia.



## **B.— El trastorno de los fundamentos institucionales.**

No podemos contentarnos en oponer dos visiones distintas de la vida de las sociedades, una jurídica y otra concreta, sin investigar las consecuencias de esta dualidad, sin preguntarse en particular si el análisis realista, lejos de quedar como una simple aproximación científica, no ha alterado de una forma irreversible el análisis tradicional, al punto de condenarlo definitivamente. A este respecto nos parece hacer la siguiente observación: la sociedad, como institución (y es en esto en lo que se distingue del contrato clásico), actúa sobre la escena jurídica y en el mundo económico. Esta actividad implica que pueda tomar soberanamente sus decisiones y expresarlas por la voz de sus representantes. Como toda persona moral la sociedad ha sido dotada, en consecuencia por el legislador, de una autonomía jurídica que la hace en principio dueña de su destino y sus órganos han recibido con este propósito un determinado poder legal para actuar. Pero aquí también el fenómeno del control viene a perturbar la visión teórica. Desde que, en efecto, algunas decisiones se toman fuera de la sociedad entre los titulares del control, nos podemos preguntar sobre el alcance real de la autonomía reconocida a una sociedad controlada. En verdad, el examen del derecho positivo conduce a pensar que la idea de autonomía se mantiene con vigor, aún cuando no se trata más que de una autonomía formal. Por el contrario, en el plano de los principios y en la medida en que no pueden negarse las evidencias, está claro que la noción de control ha provocado una verdadera crisis de poder en las sociedades.

En lo que concierne a su autonomía, nada permite en el plano jurídico distinguir una sociedad controlada de otra. El lazo de dependencia, tanta veces descrito, no se revela sino a la observación de los hechos. La sociedad filial, como la sociedad madre, gozan de un estatuto que le permite, en teoría, vivir su propia existencia sin tener que rendir cuentas sino a sus propios accionistas. La realidad, la sabemos, es totalmente diferente, y en la vida económica, la sociedad filial es estrechamente tributaria del grupo al cual pertenece. De este desajuste entre el derecho y el hecho pueden nacer ciertas dificultades que los tribunales no ignoran.

No es nuestro propósito dedicarnos a un análisis sistemático de la jurisprudencia en el terreno de las relaciones entre las sociedades madres y filiales. Cuando mucho nos interesan sólo las enseñanzas generales que pueden deducirse de ella. Nos preocuparemos de destacar también que los tribunales se han mostrado generalmente desfavorables respecto de los titulares del control cuya intervención atenta contra la autonomía

de la sociedad. Este deseo de mantener, cueste lo que cueste, la autonomía de las filiales se trasluce perfectamente en el caso particular de la sentencia *Fruehauf* dictada por la Corte de París el 22 de mayo de 1965. Admitiendo que la sociedad controlada no estaba obligada a ejecutar las órdenes de la sociedad madre, la jurisdicción recurrida revela toda la repugnancia de los tribunales frente a lo que ellos consideran como una forma de opresión contraria a la independencia de las personas morales. Tal vez, en la especie, el sentimiento de los jueces era exacerbado por el hecho de que la sociedad dominante era extranjera y que la orden que ella había dado en lugar de su filial prohibiéndole entregar camiones a China popular, partía de consideraciones muy claras de política extranjera alentadas por el gobierno norteamericano. Era necesario mostrarse particularmente vigilante. Lo que no impide que, de una manera general, los tribunales cuya decisión ha sido aprobada por la doctrina, no dejan de repetir que las filiales son, ante todo, sociedades dotada de existencia jurídica propia, y que, aún cuando la aplicación de las reglas normales del derecho de sociedades las someta a veces a la tutela de una sociedad madre, esta tutela no debe llegar jamás hasta la absorción completa de su personalidad. La teoría, tan flexible, del abuso del derecho proporciona a este respecto un instrumento que permite operar la delicada separación entre la obediencia debida por la filial y la rebelión justificada. La hostilidad de la jurisprudencia hacia el control tomó por lo demás a veces una forma enteramente diferente. No se trata para los tribunales de negar la fuerza apremiante del vínculo de dependencia sino todo lo contrario y de una manera en el fondo paradójal, admitir la existencia de este apremio y de sacar las conclusiones que de él se derivan. El caso se presenta en particular cuando la sociedad ha cesado en sus pagos. Con el objeto de preservar los derechos de los acreedores, la jurisprudencia no vacila en hacer prevalecer el análisis realista sobre el análisis puramente formal y en declarar a la sociedad madre responsable de las deudas de la filial. Las teorías en que se fundan las numerosas decisiones dictadas en este terreno son de una variedad extrema: la teoría de la apariencia, la de la simulación, la del fraude, la de comunidad de intereses, o la de la sociedad de hecho, según las circunstancias invocadas en apoyo de la condena de la sociedad que de hecho hace prevalecer su voluntad sobre la de la sociedad controlada.

No podríamos discutir el fundamento de esta jurisprudencia, pero es claro que a los ojos de los tribunales el control es considerado todavía como un fenómeno anormal y a priori nocivo. De ahí entonces que si los tribunales están a veces obligados a convenir que una sociedad ha perdido su autonomía

dos a convenir que una sociedad ha perdido su autonomía de hecho, la principal consecuencia que ellos deducen es una presunción de culpa contra los que detentan el control, signo de que, para la jurisprudencia, la autonomía debe seguir siendo el principio normal de la vida de las sociedades. Este apego a las construcciones clásicas no puede disimular por largo tiempo la verdadera crisis de poder que ha engendrado el fenómeno del control.

Aún cuando sus orígenes sean, en suma, misteriosos, el análisis clásico del poder en las sociedades se ha inspirado estrechamente de las teorías del derecho público. Con el debilitamiento de la idea de mandato y el desvanecimiento de la teoría institucional, los esquemas inicialmente sacados del derecho constitucional han adquirido derecho de cita en las obras de los comercialistas y la noción de poder, manifiestamente extraña al pensamiento del legislador ha servido de base para la reflexión en el dominio de las sociedades. Progresivamente se impuso de esta manera una visión constitucional de las sociedades, la cual aparecida en una coyuntura política liberal y democrática no podía ser sino calcada fielmente sobre el modelo de Montesquieu. Razonando por analogía, los autores propondrían ver en las instituciones del derecho de sociedades un modelo de separación de poderes, la que permite por si sola evitar los peores peligros de la dominación de ciertos intereses por otros. Si no era nada de fácil encontrar en las sociedades el equivalente adecuado del poder judicial (aún cuando la asamblea general de accionistas podía aparecer investida de poder cuando le correspondía dirimir un conflicto entre los órganos de dirección) al menos estaba claro que el poder legislativo pertenecía a los socios y el ejecutivo a los dirigentes. Nada prohibía, por último, analizar los derechos de las asambleas generales extraordinarias como el ejercicio del poder constituyente, porque sólo ellas detentaban legalmente el derecho a modificar el pacto social.

El esclarecimiento del fenómeno del control debía conducir a un análisis radicalmente diferente de la soberanía. Reconociendo que las decisiones sociales emanan no de tal o cual órgano particular (en el plan puramente formal) sino de la voluntad del grupo de socios controlantes, los autores renuncian a invocar la idea de separación de poderes que no se ajusta más a la realidad. En verdad, subsiste una división interna de las funciones que puede corresponder a las necesidades prácticas, y que, según la sociedad considerada, puede ser más o menos marcada. Pero, a nivel del análisis constitucional, nada sería más ilusorio que distinguir los poderes y reconocerles una auto-



nomía jurídica, cuando manifiestamente, los diversos órganos de las sociedades provienen todos de un sólo y mismo poder, el que detentan los titulares del control.

Las consecuencias de tal análisis nos parecen considerables desde varios puntos de vista. Substituir la idea tradicional de separación por la confusión de poderes no es solamente el producto del espíritu, o si se prefiere, el resultado de un trabajo científico. Este puede ser el punto de partida de una nueva reflexión muy fecunda y la ocasión de tomar conciencia de la verdadera elección que se ofrecerá al legislador en el futuro.

Es así, por ejemplo que admitiendo como fundamento institucional de la sociedad el principio de la confusión de poderes, se proyecta sobre la noción de control una luz diferente de aquella que ha conocido hasta ahora. En lugar de aparecer como una noción de hecho, perturbadora del ejercicio legal del poder, el control toma el aspecto de una pieza regular de la institución. En otros términos él puede integrarse al orden jurídico normal. Queda aún el problema fundamental que plantea la existencia de esta soberanía, problema que permitiría resolver, por lo menos en el plano teórico, el análisis tradicional de las instituciones.

El dogma de la separación de poderes reposaba, en efecto, sobre un postulado muy lejano, el de la plenitud del poder. Bajo la condición de respetar los límites del orden público, los órganos de la sociedad eran colectivamente soberanos y se dividían esta soberanía conforme a la organización institucional de la sociedad. El sistema era concebido de esta forma como un sistema cerrado, en el cual el equilibrio estaba asegurado por la interacción permanente de los diversos poderes, garantía de respeto de los intereses fundamentales de la sociedad. De esta suerte la sociedad era dueña de sus propios valores y se consideraba que ella actuaba conforme a su interés, sin que nadie pudiera criticar desde afuera el ejercicio de su soberanía.

Sabemos las brechas que se han abierto desde comienzo de siglo, por medio de los litigios oponiendo a los accionistas con los dirigentes, en ese mundo cerrado de las sociedades. Admitiendo que pudiéramos recurrir a la idea de abuso del derecho para anular las decisiones tomadas regularmente por una asamblea general, los tribunales han admitido implícitamente —y sin duda de una manera más instintiva que racional— que la idea de la plenitud de poderes no les era oponible. Instruidos por la experiencita concreta, ellos constataron que en el hecho el equilibrio de los poderes era una visión idílica y que en todo caso no bastaba para asegurar el justo funcionamiento de las sociedades, por lo menos cuando ellas eran víctimas de controlantes a-



busivos. El desplazamiento del binomio poder legislativo - poder ejecutivo hacia la oposición poder de la mayoría - derechos de la minoría debía determinar, en último término, la substitución de los fundamentos tradicionales de las instituciones, lo que nos parece ser el esquema de principio actual.

En efecto, si la soberanía tiende a confundirse con el control, esta soberanía que no reposa ya sobre la separación sino sobre la confusión de poderes, ha perdido su plenitud y conoce desde ahora en adelante un límite tan infranqueable como difícil de definir, el del interés social. No quisiéramos esquivar la dificultad que presenta la noción de interés social. Pero, ¿cuáles son las controversias a las cuales ella puede dar lugar?. Sin duda que ella reviste en nuestros días una importancia aumentada por el hecho mismo de la invasión de la noción de control en el derecho de sociedades. De ahí que los mecanismos clásicos del equilibrio interno de poderes no sean capaces de asegurar el respeto de los intereses que se afrontan en la sociedad, por lo que es necesario renunciar a la idea de soberanía, someter el ejercicio del poder a una norma superior por definición exterior a la sociedad. La idea del interés social aparece así como el contrapeso necesario al control, y se puede pensar que el futuro del derecho de sociedades depende en gran parte de la manera como será asegurado el equilibrio entre uno y otro.

## **2.— La noción de control y la elaboración del futuro derecho de sociedades.**

Considerar el control como un fenómeno extraño al derecho, aún más contrario al derecho, ha sido durante mucho tiempo una actitud razonable. Al permitir apreciar toda la distancia que separa los esquemas teóricos de la realidad económica y al dejar en evidencia las insuficiencias del análisis puramente jurídico de las sociedades, la noción de control se presenta como un tema de reflexión notablemente fecundo. Pero era inevitable que los juristas fueran más allá de la especulación pura y simple y que se esforzaran en sacar de ese fenómeno los planos para el futuro. Apremiados por los imperativos económicos de la concentración de las empresas, los reformadores se han ligado desde hace algunos años a la elaboración de un derecho de los grupos de sociedades que debería permitir, en su espíritu, abordar de frente las dificultades que plantea la imbricación compleja de los intereses en el seno de las grandes empresas del mañana. Debía suponerse que la noción de control encontraría un lugar de elección.

A decir verdad, sin embargo, nada permite pensar que esta vía deba conducir al éxito y nosotros creemos firmemente que toda legislación en ese dominio no podrá ver la luz del día mien-

tras no haya sido definida —y estamos aún en el nivel de la investigación— un nuevo equilibrio de fuerzas en el seno de la sociedad.

**A.— Contribución al nacimiento del derecho de los grupos de sociedades.**

No es del todo justo afirmar que el legislador francés ignora completamente el problema del control. No es difícil empacar los numerosos textos parciales que no tendrían ninguna razón de ser si el fenómeno del control hubiera pasado completamente desapercibido. La ley de 1966, a este respecto, precedida desde mucho tiempo antes por el legislador fiscal, ha consagrado algunas disposiciones a las filiales y participaciones, a la información de los accionistas, a las reglas de nombramiento de los administradores, etc. Subsiste en todo caso el hecho de que las relaciones jurídicas que pueden originarse del control no han sido objeto de ninguna teoría de conjunto.

La filosofía de conjunto del proyecto de ley sobre los grupos de sociedades, conocida en la práctica bajo el nombre de "Proposición Cousté", es hoy en día tan familiar para los especialistas como que no es necesario recordarla en grandes rasgos. Nos atendremos aquí a ciertas reflexiones generales sobre el lugar que ocupa la noción de control antes de subrayar cuáles son las nuevas ambigüedades.

Evidentemente, la noción de control está por primera vez en el centro mismo de esta construcción legislativa original por varios títulos. Es cierto, algunos podrán admirarse que se consagre tal noción a propósito del derecho de los grupos cuando ella ha sido ignorada a nivel de las sociedades consideradas individualmente. Tal vez es efectivamente más urgente reglamentar las relaciones jurídicas entre empresas ligadas que ocuparse de las relaciones internas entre los diversos interesados en el seno mismo de una sociedad. Nos interrogaríamos gustosos por nuestra parte sobre la posibilidad científica de disociar los dos aspectos del problema que nos parecen fundamentalmente ligados, pero sin duda se trata ahí de consideraciones superfluas que no quitan en nada el mérito de los promotores de la proposición de ley. Destacaremos, sin embargo, que el derecho alemán de los grupos (que ha inspirado en gran medida el proyecto europeo paralelo de la comisión de expertos bajo la autoridad del Decano Sanders y por lo mismo al proyecto francés), se basa, por el contrario, en un conjunto legislativo perfectamente coherente y homogéneo. Sabemos que en derecho alemán la ley de 25 de mayo de 1965 se esforzó en crear un nuevo equilibrio entre los poderes de los órganos de dirección y

los derechos de los accionistas en el seno de la sociedad individualmente considerada y que el derecho de los grupos forma un todo con esa nueva reglamentación. No puede ser igual entre nosotros puesto que el derecho de grupos, tal como se pretende crear, corre el riesgo de ser chapado de una manera un tanto artificial sobre un derecho de sociedades de inspiración netamente menos realista. No está vedado tampoco lamentar que la noción de control, que debe dar el criterio de aplicación del derecho de grupos, no sea dominada sino de una manera que debemos considerar como imperfecta. En efecto, del texto del proyecto resulta que en el espíritu de sus autores, el control (nombre usual pero impropio, según ellos) supone la reunión de dos elementos: un lazo de dependencia y una dirección única. Ateniéndose a las discusiones que ha suscitado esta disociación original entre los exégetas de la proposición Couston, parece que ella no fue impuesta de ninguna manera por la naturaleza de las cosas. Es cierto que la exposición de motivos de la proposición se esfuerza en aclarar la distinción. Ella se sitúa parece a medio camino entre la independencia pura y simple y la fusión que hace desaparecer al ente jurídico absorbido. Dicho de otro modo, no puede haber sociedad dependiente sino cuando existe personalidad moral distinta de la de la sociedad dominante. Se trata aquí, si se quiere, de una condición previa y puramente formal. En cuanto al fondo, esta dependencia resulta tanto de los medios jurídicos (participación, contrato entre empresas), como de simples elementos de hecho tales como la unión personal resultante de la identidad de hecho de los dirigentes.

Se reconoce aquí sin dificultad los diversos elementos que, en el espíritu de la jurisprudencia, han permitido hasta ahora caracterizar la existencia de una filial y su demostración en el caso de una eventual acción en justicia no debería plantear problemas sin solución. ¿Por qué entonces se ha querido establecer una presunción de dependencia en el caso de las sociedades en las cuales una cuarta parte a lo menos de los votos son detentados por otra sociedad? Los primeros comentaristas han observado también, todos a la vez, lo arbitrario del número elegido, la imposibilidad práctica de hacer jugar la presunción cuando el capital de una sociedad está repartido entre varios grupos de los cuales cada uno detenta más de 25% y, en fin, la inconsistencia de esta presunción cuya fuerza no ha sido indicada.

Pero lo que es sin duda más curioso es la exigencia de un segundo elemento para que el vínculo de dependencia tenga un efecto jurídico. Se requiere, en efecto, que ambas sociedades estén bajo una dirección única. Si ésta falta, el control (sabe-



mos que la noción deberá desaparecer del vocabulario, pero por el momento es bien práctica) no se caracterizará. La exposición de motivos también importante aquí para la comprensión del texto, (pero, ¿cuál será su valor después?) indica que la noción de dirección única está ligada a la de unidad económica. Se trata de "un poder para dar órdenes que se ejerce a través de las múltiples entidades de derecho que son las sociedades jurídicamente autónomas sometidas al control". La proposición insiste sobre el hecho de que ciertas sociedades puedan estar ligadas orgánicamente o por una red de contratos diversos, y en consecuencia, ser dependientes las unas de las otras, sin que por tanto y de una manera necesaria, una de ellas tenga la intención de ejercer una verdadera dominación sobre las otras. En tal caso no habrá verdadero control, sino una simple comunidad de interés que no merece tomarse en consideración para la aplicación de un estatuto particular de los grupos de sociedades.

Es evidente que esta construcción doctrinaria es por lo menos singular. En efecto, la exigencia del segundo elemento extraída de la dirección única convierte la del primer requisito en algo totalmente supérfluo. ¿Por qué si se constata que varias sociedades están sometidas a una dirección única, se exigiría la existencia de un vínculo de dependencia distinto del que resulta precisamente de la dirección única? Si el razonamiento consiste en afirmar que puede haber una cierta dependencia económica sin dirección única es del todo sostenible, lo inverso no puede ser cierto. De ahí entonces que el grupo está sometido a una dirección única, la que aparece como uno de los "elementos de hecho" de los cuales puede desprenderse el estado de dependencia según el artículo 1° de la proposición Cousté. Se trata aquí entonces de una verdadera petición de principio y la dualidad de elementos no es sino aparente. En realidad, el único criterio de aplicabilidad del derecho de los grupos de sociedades es quiérase o no la dirección única, es decir, la dominación de hecho.

Las debilidades de la proposición de ley no suman más, aparte de la que acabamos de denunciar, pero no quisiéramos dedicarnos aquí al estudio crítico de un conjunto legislativo en el cual el control no es sino uno de los aspectos, el único al cual debemos consagrarnos. También desatando los problemas planteados por innovaciones tan discutibles como la cuestión previa prevista por el artículo 8°, o la autoridad absoluta de la cosa juzgada que debería caracterizar las decisiones de la Corte de los Grupos y Concentraciones, desearíamos simplemente y para terminar con este punto, subrayar el irrealismo de las



disposiciones previstas con respecto a las órdenes de dirección en el título VII de la proposición Cousté.

Resulta, en efecto, de conformidad con el artículo 1º de la proposición, que el estatuto legal de los grupos se aplica desde que una sociedad sufre el control de otra, dicho de otro modo, a partir del momento en que está sometida al poder de dirección única que caracteriza ese dominio. Ahora bien, paradójicamente, el art. 27 de la proposición que figura como texto fundamental, crea el principio según el cual las sociedades afiliadas están obligadas a ejecutar las órdenes de dirección que reciban de la sociedad dominante desde que ésta, de acuerdo con los títulos IV, V y VI de la ley, ha propuesto a los accionistas externos el arreglo final destinado a salvaguardar sus derechos, ha respetado los derechos de los trabajadores a los frutos de la expansión y ha aceptado absorber las pérdidas financieras de la sociedad afiliada. Dicho en otros términos, la unidad de dirección que la ley quiere favorecer imponiendo a las sociedades controladas la obligación de ejecutar las órdenes de la sociedad dominante, no puede consagrarse legalmente sino cuando ella exista ya en el hecho, puesto que la condición de acceso al estatuto legal es precisamente la unidad de acción. Esto equivale a decir a las sociedades que quieren tomar legalmente el control de otras: "muéstreme primero su fuerza, la ley la consagrará a posteriori y le dará el derecho a ejercerla". La confusión la más extrema nos parece haberse hecho entre la causa y el efecto y una vez más se ha dejado de lado la noción misma de control. El control puede ser la consecuencia de un estado de dependencia económica y sería deseable "quitar de toda culpa" a las sociedades piloto de un grupo económico afirmando que en tal agrupación nada se opone a que el líder del grupo imponga su voluntad a los otros miembros (reserva hecha, pero este es otro problema, de los legítimos intereses de los accionistas "fuera de grupo", de los acreedores y de los trabajadores). Pero si puede ser una consecuencia, el control no puede a ningún título ser la condición de aplicación de un régimen jurídico, cualquiera que este sea. Noción escurridiza por excelencia, el control no puede aprehenderse por el legislador sino bajo sus manifestaciones institucionales tales como la participación financiera, el contrato de dominación (en tanto que el derecho francés admita reconocerle validez), o las convenciones diversas que alinean la autonomía de una sociedad. Como fenómeno de hecho, el control, caracterizado por comportamiento de dominación y no por vínculos jurídicos, puede originar consecuencias jurídicas particularmente en el orden de la protección de los intereses que amenaza, pero no podría legitimarse a sí mismo por intermedio de un estatuto jurídico por flexible que éste sea.

Por eso pensamos que la proposición de ley sobre los grupos y concentraciones de sociedades, aparte de los reproches que pueden dirigírsele sobre varios puntos que trasciendan el marco de este estudio, está destinado al fracaso en lo que respecta su aproximación a la noción de control. Convendría, en efecto, previa toda cristalización jurídica de conceptos, que esté claramente definido un nuevo equilibrio de fuerzas en la sociedad.

### **B.— La búsqueda de un nuevo equilibrio de fuerzas.**

Si la atención de los juristas ha sido polarizada por la noción de control desde hace algunos años, es lamentable que la observación de las sociedades no haya sido más global. A fuerza de poner el acento sobre la dominación de la vida social por los "potentados" hemos dejado de considerar sensiblemente a otras fuerzas que, sin duda han sido durante mucho tiempo modestas, pero están tal vez en vísperas de proporcionar nuevas perspectivas para el futuro. En particular el éxito de la función de vigilancia podría en el futuro aportar un principio de solución al problema del equilibrio de fuerzas, lo cual supone una limitación al todo poderoso control. Si bien es cierto que es generalmente peligroso describir la evolución de las instituciones jurídicas, son tantos los frecuentes retrocesos y las vacilaciones cíclicas del legislador en el terreno de la vigilancia de las sociedades, no se corre riesgo de esta manera: el sentido de la historia de la vigilancia es en efecto notablemente inmutable. Desde 1935, en todo caso, todos los textos que se han promulgado en esta materia estiman reforzar la vigilancia de los órganos sociales. El crecimiento progresivo de los medios y de las misiones de los órganos de control es, por lo demás, el signo de las dificultades internas de la institución social. Refleja perfectamente la tendencia centrífuga que afecta a esta última y que empuja a los dirigentes sociales, aunque no lo quieran, a tratar de escapar al dominio de los contralores. No insistiremos aquí sobre la descripción de esta evolución que es ahora bien conocida. Esquematizándola al extremo, basta observar que los poderes de investigación confiados a los órganos de vigilancia han crecido constantemente a punto de poner en peligro, a veces, al decir de los dirigentes, el secreto de los negocios. Asimismo, podemos ver fácilmente cómo la vigilancia, que era al comienzo un derecho individual de los asociados, ha llegado a ser una verdadera función social ejercida por los órganos estatutarios o legales, responsables delante de los socios del cumplimiento de su misión. Tal vez convendría, por el contrario, pre-

guntarse sobre el alcance y sobre el profundo sentido de las siguientes constataciones.

En primer término, lo que nos resulta chocante, es la idea de que la vigilancia, inicialmente concebida como un control de la regularidad contable, haya desbordado desde hace largo tiempo estas fronteras. Apremiados por rendir cuentas a los socios de toda irregularidad de la gestión social, los órganos de control son llamados hoy en día a conocer todos los aspectos de la acción de los dirigentes. De un control de legalidad se ha pasado insensiblemente a un control de oportunidad de las decisiones tomadas por quienes detentan el poder. Los artículos 228 y 229 de la ley de 24 de julio de 1966 son a este respecto particularmente significativos. Posibilitando a los comisarios de cuentas para verificar la sinceridad de las informaciones contenidas en el informe del Consejo de Administración o del directorio; invitándolos a garantizar que la igualdad entre accionistas se ha respetado, y de una manera general habilitándose para exigir la comunicación de todos los documentos que estimen útiles para el ejercicio de su misión, el legislador ha manifestado claramente su propósito de convertir a los órganos de control o de vigilancia en los inquisidores de la vida social en su conjunto. El único límite que se les ha impuesto, en los propios términos de la ley, "de excluirse de toda inmixin en la administración". He aquí, por lo demás, el signo más neto de que entre la vigilancia y la administración, o, si se prefiere, entre el control concebido como verificación y el control concebido como poder, no hay ningún hito donde uno comienza o donde el otro se detiene. Se objetará quizás que la verificación es una misión, no un poder autónomo, y que quienes ejercen la vigilancia de la sociedad no disponen en el hecho si no de un sólo poder real: el de alertar al órgano competente, generalmente la asamblea de accionistas, la cual es soberana para decidir sobre las faltas de las cuales se le ha avisado. Teóricamente esta observación está al abrigo de toda crítica y es cierto que los órganos de control, tales como los comisarios de cuenta, son impotentes para reencaminar la acción de las autoridades titulares del poder de administrar la sociedad y que ellos se dedican a rendir cuenta a la asamblea de accionistas de la cual son delegados. Pero mirando las cosas de más cerca, ¿cómo no advertir que los contralores, que están investidos de sus facultades por la ley y no por mandato alguno de los asociados, constituyen en el hecho la única figura de contrapeso al gran poder de los dirigentes? La responsabilidad que pesa sobre ellos está hoy en día a la medida del poder que detentan. No olvidemos que absteniéndose de revelar a la asamblea general las infracciones de las cuales hubieren tenido conocimiento, los comisarios de cuenta son responsables civilmente de



las consecuencias de dichas infracciones. Verdaderos auxiliares de la justicia, puesto que están obligados a denunciar ante el procurador de la República los hechos delictuales de los cuales han tenido conocimiento (sin que su responsabilidad puede ser comprometida por esta delación, según el artículo 233), los controladores ejercen una función fundamentalmente útil para los intereses de la sociedad: la de informantes privilegiados. Ahora bien, en la vida de los negocios, la información, como en política probablemente, está en miras de convertirse en una fuerza temible, tanto más cuando que los medios económicos son sensibles a la necesidad del crédito, el cual no se concibe sino en favor de sociedades correctamente administradas. Nunca está demás decirlo —y es tal vez lamentable que los estudios serios no sean todavía numerosos en este terreno— que en materia comercial las sanciones más terribles para las sociedades mal administradas, no vienen tanto de sus propios asociados sino de sus banqueros.

En verdad, no debe vivirse en la ilusión de que la función de vigilancia está siempre en medida de realizarse plenamente y que ella garantiza por sí sola el buen funcionamiento de las sociedades. Es evidente que, gústenos o no, millares de irregularidades se cometen en las sociedades comerciales francesas. Pero esto prueba simplemente que la misión de los controladores es delicada, particularmente porque ella se ejerce después y no antes de la acción. Esto significa que la función de vigilancia no puede hacer obstáculo al ejercicio del poder de los dirigentes, pero que ella es de todas maneras la única que puede hoy en día medirse con él.

No es sorprendente en esas condiciones que los titulares del control hayan intentado, a veces con éxito, descuidar el arma que constituye la vigilancia o al menos desvirtuarla en su propio beneficio. En tanto que los comisarios de cuentas eran los elegidos o los mandatarios de la asamblea general, el esquema que acabamos de trazar no tenía frecuentemente sino un aspecto caricatural de control. Este es un fenómeno que se ha puesto de relieve en reiteradas oportunidades. Precisamente el aporte fundamental de la ley de 1966, en este dominio, nos parece que fue el de haber restablecido, a nivel de la vigilancia, una verdadera separación de responsabilidades que no se había conocido nunca, entre los que dirigen y que están investidos de poderes considerables y los que vigilan que están igualmente dotados de amplias prerrogativas.

No estamos seguros, sin embargo, que la función de vigilancia sea una noción unitaria y tal vez convendría, afinando más el análisis, destacar la distancia que separa a la vigilancia, tal como se ejerce por los comisarios de cuentas, de aquella que



incumbe al Consejo de Vigilancia. Una vez el vocabulario legal adolece de falta de pertinencia. El artículo 128 de la ley sobre sociedades, definiendo los poderes del Consejo de Vigilancia, declara que este "ejerce el control permanente de la administración de la sociedad a cargo del Directorio". Es evidente que no puede tratarse del mismo control que el que ejercen los comisarios de cuentas. Igualmente, los Comités de Empresa tienen por ley determinadas prerrogativas de control (el legislador emplea por lo demás este mismo término al referirse a las obras sociales establecidas en la empresa) y bajo ciertos puntos de vista, se les consideran como verdaderos asociados. Así el artículo 3° de la Ordenanza de 22 de febrero de 1945 dice que cuando la empresa revista la forma de sociedad anónima, la dirección está obligada a comunicar al Comité de Empresa los mismos documentos que son sometidos a la asamblea general de accionistas. Por último, y esta es la innovación que nos parece más reveladora del nuevo esquema institucional cuyos contornos se dibujan poco a poco, los accionistas minoritarios pueden demandar ante la justicia la designación de un experto encargado de presentar un informe sobre una o varias operaciones de la administración social.

Cualquiera que sea la forma que le demos a la vigilancia y cualquiera sea el alcance exacto que convenga atribuirle, está claro que esta dispersión de la función de vigilancia explica, al menos en gran parte, el equilibrio todavía imperfecto de las fuerzas internas de la sociedad y la preponderancia del poder de control sobre la función de vigilancia. No podría ser de otra manera mientras el poder de control, fuerte en su cohesión y rechazando toda repartición de soberanía, no encuentra frente a él sino una función de vigilancia, por cierto suficiente en sí misma para hacer contrapeso, pero hoy en día dividida entre varias autoridades cuyos intereses están lejos de ser siempre convergentes. Nos parece que ha llegado el momento también de plantear la siguiente interrogante; ¿Cuál deba ser el lugar exacto de la función de vigilancia en la sociedad comercial del futuro? ¿Debe ella ser el instrumento institucional gracias al cual se respeten los intereses individuales de los asociados, es decir, en el hecho, los de los asociados minoristas amenazados por los controlantes? ¿Debe por el contrario tratarse de una función confiada a ciertos órganos para garantizar que el interés social no se ponga en peligro por los dirigentes? Pero entonces, si la vigilancia, ascendida al rango de función autónoma al servicio del interés social, debe poder "controlar el control", ¿a quién confiar esta prerrogativa fundamental? No podríamos, por razones evidentes confiar la misión de vigilancia a la colectividad abstracta de los asociados. Eso sería bajo la cubierta de una idea

generosa pero irrealista, entregar esta misión sólo a los asociados titulares del control, puesto que el fenómeno de la polarización de poderes en torno de los contralores parecería ser inevitable y de la naturaleza de las cosas. ¿No sería preferible, prosiguiendo el movimiento ya iniciado, confiar esta función a autoridades externas al círculo de los asociados, de tal manera que todo riesgo de confusión de géneros sea radicalmente descartado? Si tal debería ser la actitud razonable, y no nos encontraríamos inevitablemente delante de una elección entre dos formas de vigilancia: ya sea una forma de vigilancia proveniente de mecanismo a determinar por los poderes públicos (es vigilancia de este tipo la que existe por ejemplo en las sociedades de economía mixta y en ciertos países (2), ya sea una vigilancia confiada a los representantes de la empresa) y no de la sociedad, en tanto la noción de empresa pueda ser claramente definida y aceptada?

Tales interrogantes no pueden ser resueltas por una elección inspirada simplemente en consideraciones lógicas y es cegador que consideraciones políticas o ideológicas dicten al legislador esas soluciones. Pero, cualquiera que esta sean, estarán, creemos, alejadas de las fórmulas actuales cuyo porvenir parece cada vez más condenado. La noción de control, que ha contribuido poderosamente a corroer las bases del derecho clásico de sociedades, será con toda seguridad uno de los elementos motores de la reconstrucción esperada, más, no cabe duda que este elemento deberá integrarse a un conjunto más vasto, a falta de lo cual arriesga también de ser arrastrado a su turno.

**Conclusión.—**

Sería temerario sacar una conclusión definitiva de un examen tan superficial de la noción de control. Sin embargo nos ha parecido que el control como el motor de la vida económica contemporáneo es difícil de caracterizar en su esencia y aún más delicado elevarlo en criterio legislativo. Comprobamos aquí sin duda la importancia del derecho comercial (y probablemente del derecho en general) para aprehender lo concreto. ¿Es necesario conmoverse y denunciar al derecho como una disciplina incapaz de proporcionar la solución de los problemas económicos contemporáneos? Vasto debate que no está en nuestro propósito conducir a término. Observamos modestamente que la rebelión de los hechos contra las instituciones no es ninguna novedad, muy lejos de eso. Que el derecho experimente dificultades para definir una noción concreta y realista como la de con-

(2) N. del Traductor: Aquí el autor hace una clara referencia al sistema chileno sobre el cual se pronuncia favorablemente. Véase SANDOVAL LOPEZ, RICARDO: "Le fonctionnement de la Société Anonyme au Chili". Thèse de Doctorat GREOBLE. 1974. PREFACIO.

trol no nos parece, en el fondo, un signo de debilidad o de falta de adecuación. Lo esencial para el jurista —y esto no debe olvidarse jamás— es su misión fundamental que consiste en proporcionar las estructuras a los hombres de negocios, sin pretender dictarles un determinado comportamiento, a falta de lo cual el derecho zozobra en la reglamentación de parche y generalmente ineficaz.

La atención debe fijarse también en mayor medida sobre las estructuras que sobre el comportamiento de los individuos y la interrogante que debe plantearse a los reformadores es la siguiente: ¿las estructuras de acción actuales están bien adaptadas a la vida económica y a sus necesidades? En el terreno del derecho de sociedades pensamos que sin duda la respuesta es negativa. A pesar de la reforma de 1966 falta mucho por hacer. Particularmente se plantea la lancitante pregunta que nos parece fundamental: ¿el marco propuesto a los hombres de negocios debe ser todavía el de la sociedad comercial o, por el contrario debe ser hoy en día el de la empresa? Interrogante diabólica es esta porque conduce a plantearse aquella de la naturaleza de la empresa. Pero es en esta dirección, pensamos nosotros, que debe orientarse las investigaciones y las reflexiones que están por lo demás bastante avanzadas ya, en varios aspectos. El problema del lugar de la noción de control tomaría su verdadera dimensión, a no dudarlo, si un verdadero derecho de la empresa fuese promulgado, ya que es entre el control del capital y el del trabajo donde debería definir el legislador. Se comprende fácilmente que esté poco dispuesto a hacer esa elección a la ligera. Pero, ¿los acontecimientos respetarán largo tiempo sus escrúpulos?