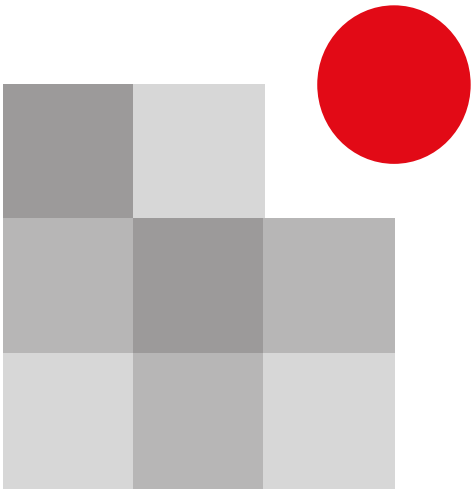
RAMO: DERECHO COMERCIAL



IPLACEX
instituto profesional

UNIDAD I

ACTOS DE COMERCIO Y SOCIEDADES EN GENERAL

CLASE 01

1. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO COMERCIAL

En su acepción etimológica la palabra comercio, en latín commercium, deriva de la preposición "cum" o con, que significa juntamente, y de "merx" que significa mercancía, que es lo que se vende y compra. Por lo tanto, en su acepción etimológica, comercio expresa el traspaso de cosas materiales, por precio o lucro.

Desde el punto de vista económico el comercio comprende por un lado la industria manufacturera, que obtiene bienes a través de la transformación de las materias primas para hacerlas aptas para el consumo y por el otro la industria comercial, que procura satisfacer las necesidades a través de la intermediación de productores y consumidores. En ambas concurren los siguientes elementos comunes, a saber:

a) La intermediación entre productores y consumidores. El desarrollo de las relaciones humanas hacen insuficiente la transacción de productor a productor, o de productor a consumidor, surgiendo así la intermediación, mediante la cual aparecen los mercados y de donde nacen los llamados mercaderes o comerciantes, personas que compran bienes para llevarlos al mercado y venderlos a los consumidores.

b) La intermediación se ejecuta mediante el cambio. En una economía primitiva el hombre era autosuficiente y producía lo que necesitaba, sin embargo, diversos factores asociados a la vida en comunidad, como la división del trabajo, lo llevaron a transar sus bienes por los que otros producían.

c) El cambio debe ser habitual. En la actividad mercantil el cambio debe ser continuo y los bienes deben circular. Pudiendo adoptar diversas formas, como es el caso del cambio de bienes por bienes; el trueque de valores representativos; la compra de moneda; y de valores representativos por bienes, como en la compraventa.

d) El cambio debe ser con fin de lucro. El cambio en el comercio se produce cuando cada una de las partes atribuye a la cosa que adquiere más valor que a la que cede. Esta apreciación contiene la noción de ganancia y la intención de lucro.

1.1. Concepto de Derecho Comercial y su Evolución

La determinación del concepto de derecho comercial ha sido siempre uno de los puntos más arduos para los tratadistas del ramo, principalmente por la tendencia expansiva y evolutiva del derecho comercial, que genera el peligro de una definición muy restringida o muy amplia y en ningún caso de un valor permanente.

Actualmente el derecho comercial se puede conceptualizar como:

> La disciplina jurídica que rige una parte de la actividad económica, el comercio y las relaciones que nacen de su ejercicio.

Dicha disciplina jurídica tiene por objeto regular un sector de la actividad económica, el comercio, las personas naturales o jurídicas que lo ejercen organizadas como empresa, los sujetos e instituciones que los auxilian y los actos, contratos y operaciones que ejecutan o celebran para llevar a cabo el tráfico de bienes, valores y servicios.

En este mismo sentido el autor Sergio Espinoza señala que el derecho comercial:

> Es el conjunto de normas de derecho aplicables a la actividad mercantil tanto desde el punto de vista objetivo de los actos de comercio como del que dice relación con los comerciantes, su capacidad, derechos y obligaciones profesionales.

En cuanto al comercio propiamente tal, puede decirse que en la antigüedad, fueron los indios y los chinos, los pueblos que practicaron el comercio, seguidos de los egipcios y los árabes. El cambio (o intercambio) era de bienes por bienes. Bajo el impulso navegante de los fenicios y más tarde de los griegos, el comercio marítimo alcanzó desarrollo.

Entre los romanos, pueblo esencialmente militar y agrícola, el comercio no prosperó, siendo una actividad que no gozaba de la simpatía de los Patricios, se la consideraba como actividad plebeya.

Las manifestaciones jurídico-mercantiles de la época son aisladas y no constituyen cuerpos armónicos de reglas alusivas al comercio, más bien la costumbre imprime un carácter mayormente consuetudinario (de la costumbre) a este derecho. Las disposiciones comerciales más antiguas parecen corresponder al Código de Hammurabi, de origen persa, de alrededor del año 2000 A.C. con normas sobre depósito, comisión, mutuo y navegación interior.

Cabe señalar que en Roma no surge un derecho especial para el comercio, ya que el derecho civil romano o derecho de gentes, era tan amplio y flexible que podía adaptarse a todo tipo de relaciones, además, de las facultades de los pretores[1] para crear derecho. Sin embargo se conocieron algunas instituciones mercantiles en el Digesto[2] donde se incorporaron costumbres marítimas relativas a la avería común y, al préstamo a la gruesa,

[1] Magistrado romano de jerarquía inferior al cónsul.

[2] Es una obra jurídica integrada por la compilación de las decisiones más notables de los jurisconsultos romanos clásicos la cual fue dada a conocer por el emperador Justiniano.

que es el mutuo concedido a una persona con garantía de una nave o de las mercaderías que ella contiene.

Posteriormente con la caída del imperio romano se presentan un conjunto de factores económicos, políticos, sociales y jurídicos que determinan la aparición de un derecho especial para la actividad profesional de una clase de ciudadanos: los comerciantes. En ese período la actividad comercial cobra considerable importancia por haberse iniciado el tráfico de las mercancías de oriente, base principal de la prosperidad de las repúblicas de la península itálica, como consecuencia de las cruzadas.

Asimismo en la Edad Media renace la ciudad convirtiéndose en un centro de consumo de cambio y de producción. Las "ferias" y los "mercados" se dedican a fomentar el comercio nacional e internacional. En ellas, estas actividades económicas se realizan por dos clases de profesionales: los mercaderes y los artesanos, quienes a partir de la segunda mitad del siglo XII se asocian en gremios y en corporaciones, dándose ciertas reglas llamadas estatutos, con base consuetudinaria, destinadas a gobernar las relaciones entre sus asociados.

Más tarde, especialmente desde el Renacimiento, hasta la Revolución Francesa se producen varios cambios: el sistema comunal es sustituido por una economía nacional, las monarquías empiezan a manifestar una tendencia centralizadora y a partir del descubrimiento de América, el núcleo de la vida económica pasa del Mediterráneo al Atlántico. Surge así una nueva ideología político-social que influye paulatinamente en la formación del derecho mercantil.

A mediados del siglo XVIII y principios del siglo XIX, se produce una profunda transformación económica, ya que aparece el capitalismo industrial y financiero. El maquinismo y la revolución industrial transforman la economía. La industria tiende a la concentración de los medios de producción, lo cual exige la acumulación de grandes masas de capital para dotar de máquinas a las nuevas industrias. La Sociedad Anónima como instrumento jurídico colector y ordenador de capital, alcanza una fisonomía que se mantiene hasta la actualidad. Los créditos y su circulación, la inversión de capitales y los instrumentos jurídicos como los títulos-valores alcanzan perfección, se especializan las operaciones bancarias y se multiplican las vías de transporte.

Unido a lo anterior, se impone la idea del "acto objetivo de comercio" y se codifica un derecho mercantil que se pretende destinado a regular tanto la actividad profesional de los comerciantes, como ciertos actos y principios que habiendo sido privativos de éstos habían pasado a ser de uso general. En consecuencia se generaliza el derecho mercantil convirtiéndose en una objetivación legislativa, la cual se ve representada por los actos objetivos de comercio.

La realidad económica a la que se aplica el Derecho Mercantil actualmente demuestra que su contenido se estructura en torno a tres elementos esenciales, que explican la

especialidad y el fundamento del derecho mercantil, a saber: el empresario, la empresa y la actividad económica del empresario realizada por medio de una empresa.

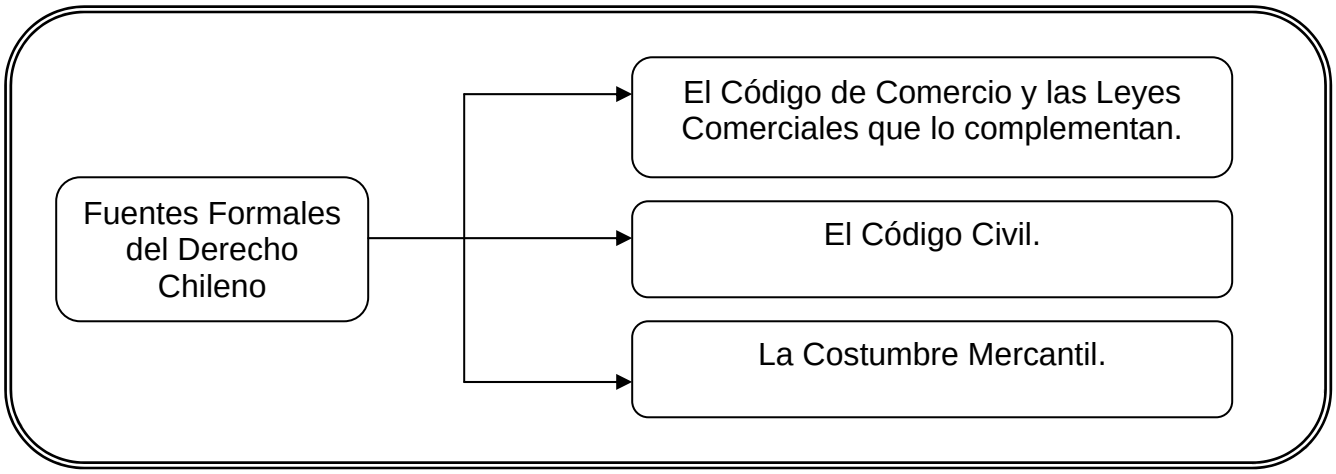
En resumen, puede afirmarse que el derecho comercial nuevamente se subjetiviza, al sustituirse la persona del comerciante por la persona del empresario. Así, el derecho mercantil moderno tiene por objeto regular los actos en masa realizados por los empresarios para la explotación de su empresa y no los actos objetivos y aislados realizados ocasionalmente por cualquier persona.

1.2. Fuentes del Derecho Comercial

Las fuentes del derecho son los modos o formas a través de los cuales éste se exterioriza. En el sistema de derecho romanista, al cual pertenece el Ordenamiento Jurídico Chileno, la fuente por excelencia es la ley. Dentro de esta última se comprende la legislación interna representada por los Códigos y leyes especiales y los tratados internacionales, que al ser ratificados por el Estado, tienen fuerza obligatoria de ley. Junto con la ley se consideran asimismo fuentes del derecho la costumbre, la jurisprudencia de los tribunales, en determinados casos y la doctrina de los autores.

Particularmente, en el Derecho Comercial Chileno las fuentes formales que la componen e identifican, son las que se señalan en la siguiente figura:

Figura Nº 1: Fuentes Formales del Derecho Comercial



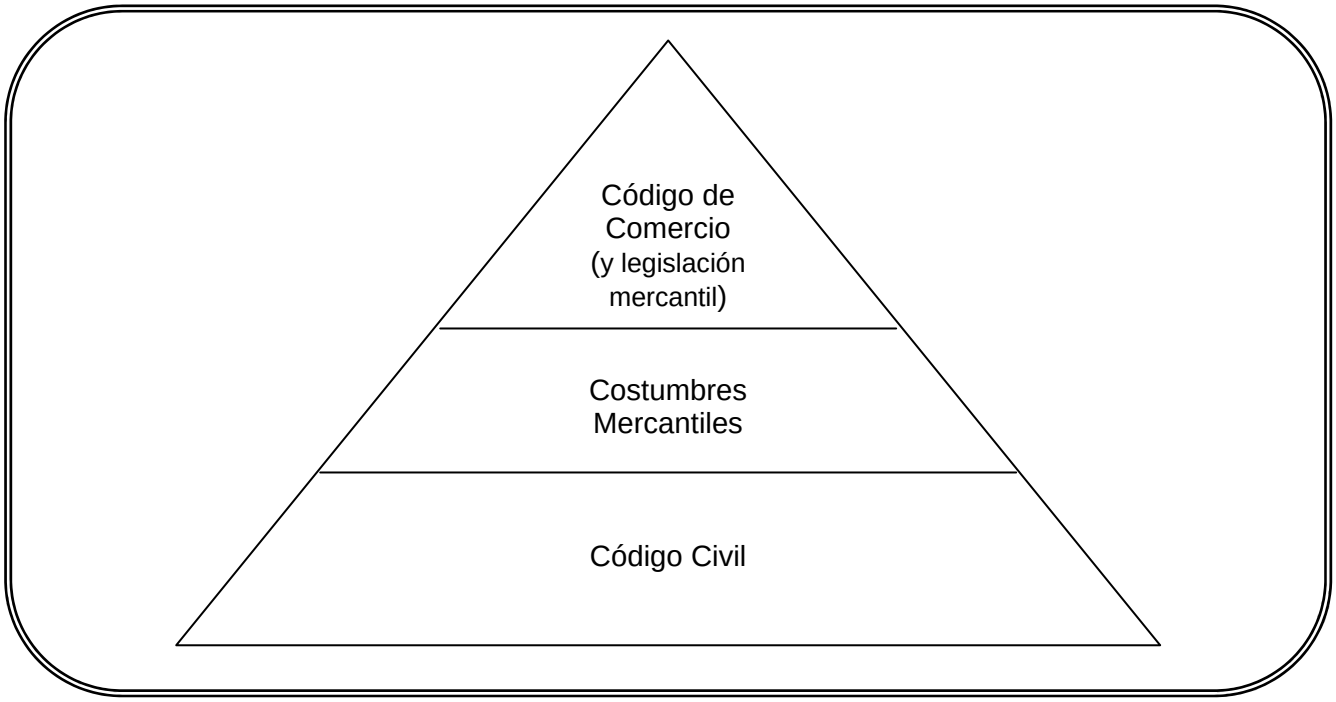
De conformidad con lo previsto por los artículos 2 y 4 del Código de Comercio, puede establecerse un orden jerárquico o de prelación entre las diversas fuentes del derecho comercial chileno. En esta prelación (u orden jerárquico) de las fuentes ocupa el primer lugar la legislación mercantil, representada por el Código de Comercio y las demás leyes mercantiles que la complementan o modifican; en segundo lugar se encuentra el Código

Civil, según lo dispuesto por el artículo 2 del Código de Comercio y finalmente, las costumbres mercantiles, de conformidad a lo establecido en el artículo 4 del mismo cuerpo de leyes.

De esta manera, si frente a una determinada situación no existe regla jurídica comercial aplicable al caso, servirá la costumbre comercial o mercantil utilizada en esa zona. Pero para el caso de que tampoco exista una costumbre a seguir, se utilizará como fuente supletoria el Código Civil, la cual sirve no sólo para el derecho comercial, sino para distintas ramas del derecho.

A continuación se muestra una pirámide la que representa el orden jerárquico de las normas legales. Consiguientemente se puede observar que en la cúspide se encuentra el Código de Comercio y legislación mercantil. Para el caso de que falte norma mercantil expresa, se continúa con la costumbre mercantil de la zona o lugar en particular. Pero si no se encuentra ninguna de las dos anteriores, será el Código Civil quien realice la función de servir de norma frente a un caso puntual.

Figura Nº 2: Orden Jerárquico de las Distintas Fuentes del Derecho Comercial Chileno



Continuando con lo anterior, conviene precisar que cuando el Código de Comercio se remite a una costumbre comercial (costumbre según la ley), ella ocupa el segundo lugar en la prelación de las fuentes del derecho comercial y se aplica antes que el Código Civil.

Las leyes comerciales son todas aquellas reglas que regulan la materia comercial, por lo que dentro de ellas se debe considerar no sólo el Código de Comercio, sino, en general, todas las leyes que lo complementan o modifican, contenidas tanto en otros Códigos como en leyes especiales.

Para el caso de que exista una materia regida por el Código de Comercio y al mismo tiempo por una ley especial, sin duda debe aplicarse preferentemente esta última, siguiendo las reglas de hermenéutica (interpretación) contenidas en el Código Civil. Ahora, si se trata de un vacío en una ley mercantil especial, debe aplicarse en forma predominante el Código de Comercio y no el Código Civil, de acuerdo con la regla de interpretación que indica que los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, "particularmente si versan sobre el mismo asunto". Por disposición del artículo 2 del Código de Comercio, las normas contenidas en el Código Civil se aplican con antelación a la costumbre mercantil, contrariamente a lo que ocurre en otros países.

Con respecto a la Costumbre Mercantil esta se puede conceptuar como:

Conjunto de normas de derecho objetivo, creadas por la observancia repetida, uniforme y constante de los comerciantes en sus negocios. Generalmente nacen en el seno mismo del contrato mercantil, ya para suplir la ausencia de una regulación adecuada, para colmar las lagunas que existan en el contenido de los contratos o sencillamente para resolver las dudas que surjan en la interpretación de éstos.

El Código de Comercio confiere a la costumbre el rol de fuente formal del derecho y el carácter de elemento interpretativo. Por lo antes dicho, según el artículo 4 del cuerpo legal en comento señala: "las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio".

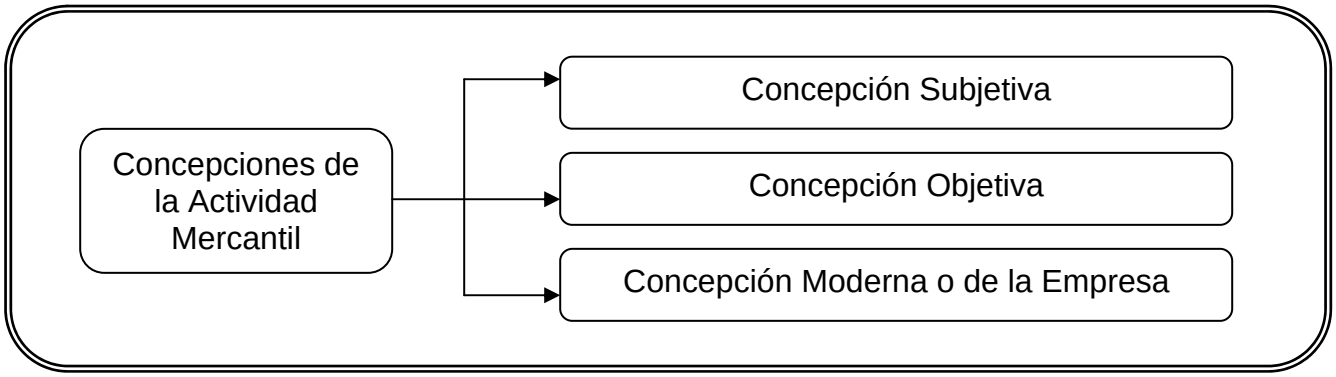
Por último esta norma legal reconoce el valor histórico de la costumbre, por cuanto es sabido que en su origen, el derecho comercial fue esencialmente consuetudinario (por la costumbre). La doctrina agrega a lo señalado en el artículo 4 del Código de Comercio un quinto elemento denominado Opinio Iuris.

La *opinio iuris* es la convicción o conciencia en el cuerpo social de que el acomodarse a este comportamiento es un deber igual al que existe frente al mandato del legislador, es decir, que se realice el acto observando una norma jurídica obligatoria.

1.3. Actividad Mercantil

La actividad mercantil propia del comercio, ha sido vista en la historia a través de distintas concepciones. Así, se puede encontrar la concepción subjetiva, objetiva y moderna, como se muestran en la siguiente figura:

Figura Nº 3: Las Concepciones de la Actividad Mercantil



A continuación se desarrollan cada una de las teorías o concepciones de la actividad mercantil.

a) La Concepción Subjetiva. Se refiere al derecho creado por los propios comerciantes para dirimir (resolver) las diferencias surgidas entre ellos en razón de la actividad profesional que realizaban. El doble carácter consuetudinario y profesional del derecho comercial perdura hasta principios del siglo XIX, en que comienza la codificación mercantil bajo la influencia de los principios proclamados por la Revolución Francesa.

Ripert señala que los actos que realizaban los comerciantes eran exactamente los mismos que se ejecutan en la vida civil, y si ellos tienen el carácter de comerciales es sólo por la calidad de sus autores. En otras palabras es la calidad de los autores lo que imprime el carácter mercantil a los actos. Para ésta concepción el derecho mercantil está destinada a regular a los comerciantes.

b) La Concepción Objetiva. Esta concepción nace como reacción contra la noción subjetiva o profesional del mismo derecho. Según esta concepción el derecho comercial debe regular los actos de comercio en sí con independencia de la condición o profesión del sujeto que los realiza. El límite de esta concepción es la imposibilidad de encontrar un concepto unitario de acto de comercio en sentido objetivo. Ante dicha imposibilidad se incorporó el criterio objetivo mediante actos que la ley considera mercantiles, sin dar una definición exacta de lo que se entiende por ellos.

c) La Concepción Moderna o de la Empresa. Esta concepción tiene por objeto regular los actos que integran la actividad profesional del empresario. Así, cuando un acto pertenece

a la actividad empresarial, de inmediato adquiere el carácter de acto de comercio de aquellos enumerados en el artículo 3 del Código de Comercio. Por eso, teniendo en cuenta los supuestos concretos de la realidad actual, la doctrina señala que el derecho comercial:

"Es aquel que regula y ordena la actividad económica constitutiva de empresa y el derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios".

Se crítica esta concepción diciendo que las actividades ocasionales quedarían excluidas y que no se trataría del derecho de empresa, sino del derecho de determinadas empresas, lo que no corresponde a la realidad, porque los actos aislados no relacionados con la empresa, quedan también dentro del dominio de la ley mercantil. Con todo, la noción de empresa constituye un fundamento adaptado al derecho comercial para armonizarlo con la realidad económica actual.

CLASE 02

2. ACTOS DE COMERCIO

Sin duda que el derecho comercial chileno adopta un criterio objetivo para determinar la materia comercial o mercantilidad. Este criterio objetivo tiene su fuente en el artículo 3 del Código de Comercio Chileno, que enumera los actos que la ley chilena considera mercantiles. En efecto, al igual que la mayor parte de las codificaciones objetivas, la chilena, como se expresa en el mensaje ejecutivo, "ha huido del peligro de las definiciones puramente teóricas y en vez de definir los actos de comercio, los ha descrito prácticamente enumerándolos con el debido orden, precisión y claridad".

2.1. Teoría de lo Accesorio

La enumeración del legislador relativo a los actos de comercio se hizo limitado ante la evolución del tráfico mercantil, por ello se dice que el sufrimiento de esta teoría que intenta salvar esta dificultad, constituye un fracaso de la mercantilidad basada en la objetividad.

Esta teoría consiste en presumir mercantiles o civiles los actos dudosos cuando se relacionan con una profesión, actividad o actos jurídicos principales de carácter comercial o civil, ya sea porque lo facilitan contribuyendo a acrecentarlo, facilitarlo, realizarlo o simplemente lo garantizan. De ahí entonces que la calificación de los contratos típicamente accesorios dependan de la naturaleza civil o mercantil, y de la obligación principal garantizada.

Las operaciones que complementan una operación principal mercantil pasan a hacer comerciales, aunque por su naturaleza sean civiles, al revés, las operaciones que complementan accesoriamente una operación principal civil pasan a hacer civiles, aunque su naturaleza sea comercial. De esta manera se amplía o se restringe la aplicación del derecho comercial.

El principio de la accesoriedad en derecho comercial sirve para extender o limitar la noción de acto de comercio. El artículo 3 n° 1 señala, en general, que comprar para vender es un acto de comercio; ello se puede explicar de la siguiente forma:

Por ejemplo

El comerciante que compra piezas de autos para armarlos y luego venderlos, no ejecuta, como pareciera a primera vista, un acto de comercio, sino un acto civil, por ser accesorio de su actividad principal de comerciante. En este caso el principio de accesoriedad limita la noción de acto de comercio.

También, el principio de accesoriedad puede extender la noción de acto de comercio, se demuestra:

Por ejemplo

En el caso de la compra de camionetas de reparto hecha por un comerciante dueño de un autoservicio, sin ánimo de revenderlas, sino como auxilio a su actividad mercantil, a pesar de tener por sí sola el carácter de civil, se excluye del artículo 3 n° 1; es comercial por ser accesoria de la actividad comercial.

Atendiendo a lo expresado anteriormente, actualmente, se ha entendido por accesoriedad lo siguiente:

La accesoriedad consiste en presumir mercantiles ciertos actos cuando se relacionan con una profesión, actividad o acto jurídico principal de carácter comercial, ya sea porque lo facilitan, contribuyen a acrecentarlo o realizarlo, o simplemente lo garantizan.

2.2. Actos Mixtos o de Doble Carácter

Los actos de comercio descritos en el artículo 3 del Código de Comercio lo pueden ser para ambas partes o sólo para una de ellas. Así lo expresa este mismo artículo diciendo:

“son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos”, reconociendo la existencia de los denominados actos mixtos o de doble carácter.

Esto deja ver que con frecuencia se presentan actos que son civiles para una de las partes y comerciales para la otra. Cuando se dan estos casos se presenta el problema de qué ley aplicar. El Código de Comercio no soluciona el problema. Doctrinariamente existen diversos criterios. Algunos proponen la aplicación de la ley civil, por ser generales; otros sostienen que prima la ley comercial, por ser especiales. En este sentido,[3] hay que distinguir: a) en lo relativo a la competencia y procedimiento se rigen por la ley del demandado; b) en lo relativo a la ley de fondo se aplica la ley de la persona obligada; y c) en lo que se refiere a la prueba se rige por la ley de la parte contra la cual obra la prueba.

Por Ejemplo

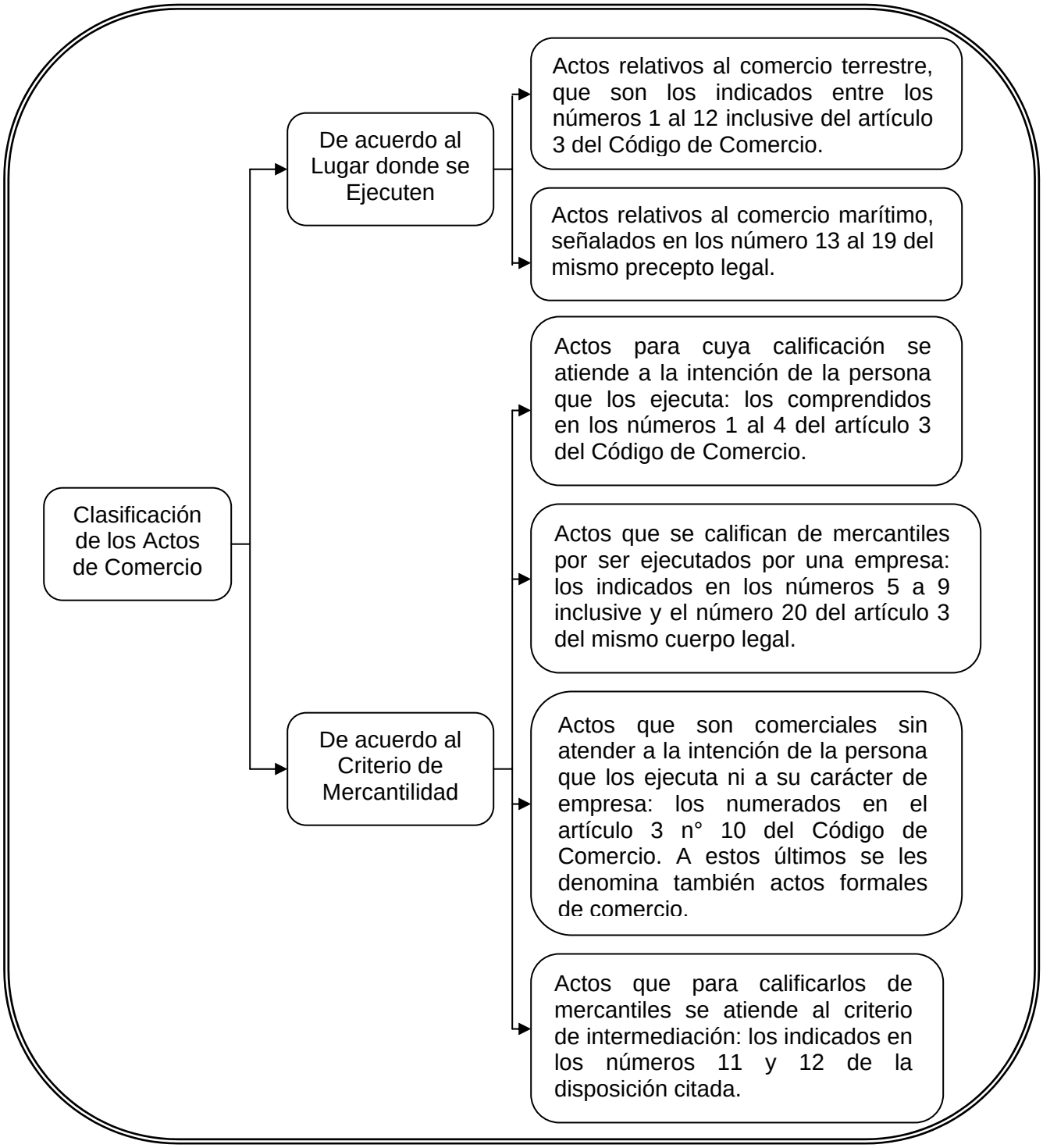
La compra venta de un chaleco que una persona hace a un comerciante, constituye un acto civil para ella, en tanto que para el comerciante este acto es mercantil, porque está precedida de una compra comercial. Para el que compra el chaleco el acto es civil; para la persona que la vende es mercantil, con lo cual queda de manifiesto el doble carácter del acto.

2.3. Clasificación de los Actos de Comercio

Los actos de comercio señalados en el artículo 3 del Código de Comercio pueden clasificarse en dos grandes grupos de acuerdo al lugar donde se ejecuten y de acuerdo el criterio de mercantilizad. En ambas clasificaciones existen subcategorías, las cuales se muestran en la figura siguiente:

[3] Según opiniones de Raúl Varela y Julio Olavía.

Figura Nº 4: Clasificación de los Actos de Comercio



2.4. Análisis del Artículo 3 del Código de Comercio

El artículo 3º consta de 20 numerales, de éstos son originales los 19 primeros, el nº 20 fue agregado en 1977. Tradicionalmente se acostumbra a clasificar los actos de comercio en terrestres y marítimos. Donde los actos de comercio terrestres se subdividen en: actos de comercio en atención a la intención de los ejecutantes; actos que incorporan el elemento empresa y por último aquellos actos formales de comercio, que son siempre mercantiles, cualquiera sea la persona que los ejecute. A continuación, se analizará en forma pormenorizada todos los numerandos del artículo 3 del Código de Comercio, a saber:

2.4.1. Actos en que Debe Atenderse a la Intención con que se Ejecutan

Dentro de esta clasificación se puede encontrar la compra y venta mercantil, la compra de un establecimiento de comercio, el arrendamiento mercantil y el mandato comercial, éstos se explican de la siguiente manera:

- Artículo 3 N° 1: compra y Venta Mercantil. De conformidad con este precepto legal: "son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 1° La compra y permuta de cosas muebles, hechas con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas".

  Sin embargo, no son actos de comercio la compra o permuta de objetos destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial. La disposición distingue la situación del comprador o adquirente y la del vendedor o arrendador. Para el primero, la compra o permuta será un acto de comercio si recae sobre bienes muebles, si se hace con el ánimo de vender, permutar o arrendar los bienes en la misma forma o en otra distinta. La cosa debe ser mueble mirada desde el ángulo del comprador. Para el segundo (vendedor o arrendador), debe también tratarse de bienes muebles cuya venta o arrendamiento hayan sido precedidos por una compra o permuta con la intención de venderlos, permutarlos o arrendarlos.

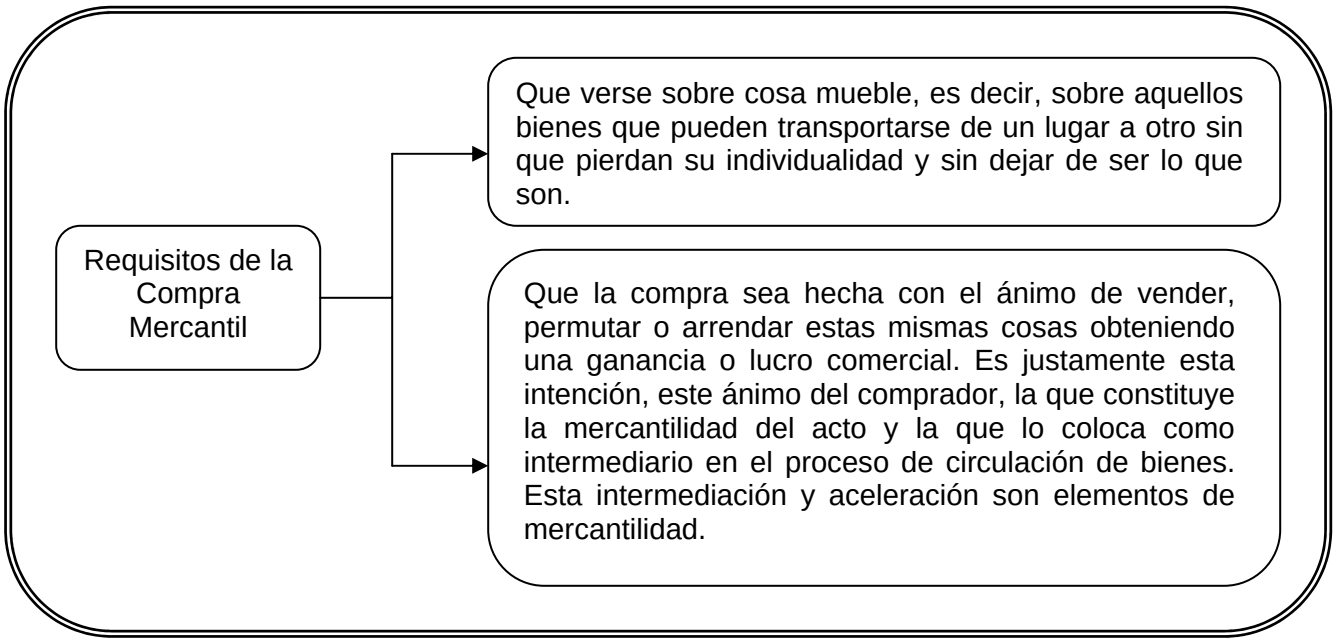
  La intención de que habla la disposición debe existir al momento de efectuarse la adquisición de los bienes muebles. Si no concurre la intención en dicho momento, el acto será civil, aunque con posterioridad decida el interesado efectuar cualquiera de esas operaciones. La prueba de la intención recaerá sobre aquel que pretenda que el acto es comercial y para ello podrá valerse de todos los medios de prueba.

  Aunque la disposición no lo diga, en todos estos actos está presente el propósito de lucro, aunque en definitiva éste no se produzca y la operación se traduzca en pérdida. En este numeral aparece con claridad el carácter de intermediación de los actos mercantiles, esta es la razón de que no sean mercantiles las ventas que hace el productor sobre

especies obtenidas mediante las industrias extractivas, como la agricultura, minería, caza, entre otros.

Para que la compra mercantil tenga carácter comercial es necesario, de acuerdo al n° 1 del artículo en estudio, que se reúnan los siguientes requisitos:

Figura Nº 5: Requisitos de la Compra Mercantil



De esta manera, cuando la compra es mercantil, la venta también lo es, pues se realiza el propósito del comprador que adquirió la cosa (compró o permutó) con ánimo de venderla. Para que la venta sea mercantil debe ir precedida de una compra mercantil.

- Artículo 3 N° 2: la Compra de un Establecimiento de Comercio. Según lo dispuesto en el artículo ya citado, "son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 2° La compra de un establecimiento de comercio".

El "Establecimiento de Comercio" es una universalidad de hecho, compuesta por elementos corporales, como es el caso del local, muebles, maquinarias, entre otros; e incorporales, como el nombre o razón social, clientela, privilegios de invención, modelos industriales, entre otros; activos y pasivos unidas por una destinación a una actividad comercial.

Cabe señalar que el giro comercial puede consistir en la ejecución de cualquiera de los actos que enumera el artículo 3° del Código de Comercio. En este caso, el propósito de lucro está dado por la intención de comprarlo para explotarlo, o para cerrarlo y así eliminar la competencia.

Sin embargo no quedan incluidas en la venta de un establecimiento de comercio, a menos que se expresen, las mercaderías de que pueda estar surtido, ni las deudas del vendedor que no pueden cederse sin el consentimiento de los acreedores, así el artículo 1635 del Código Civil, señala que en la novación[4] por cambio de deudor el acreedor debe expresar su voluntad de dar por libre al primitivo deudor.

Finalmente, se debe señalar que en el establecimiento de comercio no se encuentra comprendido el bien raíz. Es así porque los negocios jurídicos sobre inmuebles, son ajenos a la mercantilidad; con lo cual la venta de un establecimiento comercial no le da por accesoriedad el carácter de acto de comercio a la venta del inmueble.

- Artículo 3 N° 3: el Arrendamiento Mercantil. "El arrendamiento de cosas muebles hecho con el ánimo de subarrendarlas". A diferencia del número 1 del artículo 3°, en este caso la ley se ha colocado en la posición del arrendatario que pretende convertirse en subarrendador.

  Como en los demás casos, éste debe reunir los siguientes requisitos: primero debe tratarse de cosas muebles y en segundo lugar debe existir un ánimo de subarrendarlas. Además obviamente del propósito de ganancia.

  Respecto del subarrendatario el carácter civil o mercantil del arrendamiento podrá determinarse con la teoría de lo accesorio.

  Por último, en relación a este punto cabe señalar que, en el siglo XX apareció en Chile la operación leasing como un mecanismo financiero para la adquisición de los bienes de capital e incluso ciertos bienes de consumo durables. Es así que se expresa que el leasing consiste en las siguientes operaciones[5]:

> Que una empresa financiera, empresa de leasing, adquiere los bienes respecto de un fabricante, importador o distribuidor, en virtud de un contrato de compraventa o de aprovechamiento, para luego ceder su uso, mediante un contrato de leasing, a un cliente quien pagará una renta por dicha cesión de uso, pudiendo optar, en un lapso determinado, generalmente al término del plazo convenido, por la adquisición de dichos bienes, por la renovación del uso bajo otras condiciones o por la entrega de los mismos. Es evidente que esta operación, cuyo origen es el derecho contractual angloamericano; no aparece en la enumeración de los actos de comercio del artículo 3 del Código de Comercio, pero su carácter comercial es indiscutible para la empresa de leasing que compra bienes muebles con ánimo de arrendarlos y para el cliente la mercantilidad puede determinarse por aplicación del principio de lo accesorio.

[4] Es la sustitución de una obligación por otra.

[5] Ricardo Sandoval señala cuales son las operaciones que comprende el denominado Leasing.

- Artículo 3 N° 4: el Mandato Comercial. La norma contenida en el artículo citado del Código de Comercio señala que, "son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 4° La comisión o mandato comercial".

En este sentido el mandato se le puede definir de la siguiente manera:

> Es un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño.

Existen tres especies de mandato comercial como señala el artículo 234 del Código de Comercio: la comisión; el mandato de los factores, mancebos o dependientes de comercio y la correduría.

Se advierte entonces que el numeral 4 del artículo 3° incurre en el error de hacer sinónimos la comisión y el mandato, en circunstancias que sólo es una especie de él (mandato).

La Comisión versa sobre una o más operaciones mercantiles "individualmente determinadas". Su propósito es el lucro, aunque en definitiva este no se produzca y la operación se traduzca en pérdida.

El Factor es el gerente de un negocio o de un establecimiento de comercio o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante.

Los Mancebos o Dependientes son empleados subalternos que el comerciante tiene a su lado para que le auxilien en las diversas operaciones de su giro, obrando bajo su dirección inmediata.

En cuanto a la correduría o mandato de los corredores, esta se trata en el libro 1°, en su artículo 38, el que la define como "oficiales públicos instituidos por la ley para dispensar su mediación asalariada a los comerciantes y facilitarles la conclusión de sus contratos". Su inclusión como acto de comercio está dada por el artículo 3° número 11.

La comisión o mandato será o no acto de comercio según cual sea la naturaleza del acto encomendado. Para el caso de que los actos sean civiles la comisión es civil; ahora si los actos son comerciales la comisión será comercial. Dentro de la comisión comercial la función del comisionista es la de ser un auxiliar del comerciante, que es a su vez un comerciante y cuya labor es intermediar.

CLASE 03

2.4.2. Actos Ejecutados por Empresas

En todos los casos que se señalan a continuación los actos para el empresario siempre son mercantiles y para la otra parte se aplica la teoría de lo accesorio.

- Artículo 3 Nº 5: Empresas de Fábrica y Manufacturas. Son las que transforman la materia prima mediante el trabajo humano o maquinaria. El concepto de materia prima es amplio porque lo que es producto para una fábrica puede ser materia prima para otra, como es el caso del papel.

  El elemento básico para considerar las actividades de fábricas y manufacturas como comerciales es la transformación de la materia prima, ya sea que ésta la adquiera el propio empresario o la proporcione el cliente. Sin embargo, el acto realizado por una fábrica o manufactura que elabora materia prima adquirida como propia, es doblemente mercantil.

  Ahora, no toda transformación de materia prima para la elaboración de un producto implica para quien la realiza organizadamente bajo la forma de empresa, un acto de comercio.

Por Ejemplo

Sector primario de la economía, como la minería, la agricultura, la pesca, entre otros.

En este sentido, la jurisprudencia a señalado que la viticultura es una actividad civil sujeta a las reglas del derecho común[6] (derecho civil).

La enumeración de almacenes, tiendas, bazares, fondas, entre otras, parece innecesaria por quedar comprendidas dentro del artículo 3° número 1 del Código de Comercio; sin embargo, aquí las operaciones o actos los ejecuta una organización llamada empresa. El legislador mencionó las empresas en un orden más o menos semejante a aquel a que está sujeta la transformación de la materia prima hasta quedar en calidad de bienes determinados a disposición del consumidor.

- Artículo 3 N° 6: las Empresas de Transporte por Tierra, Ríos o Canales Navegables. “Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: 6° las empresas de transporte por tierra, ríos o canales navegables”.

[6] Revista de Derecho y Jurisprudencia, t XVIII, 2° parte, sec. 1°, Pág. 27, gaceta, 1919, 2° sem, sent. 70, Pág. 384.

El transporte lacustre (de lagos) se considera acto de comercio por inclusión del artículo 166 del Código de Comercio.

El artículo 166 del Código de Comercio define el contrato de transporte señalando que:

> Es un contrato en virtud del cual se obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro, por tierra, canales, lagos o ríos navegables, pasajeros o mercaderías ajenas y a entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas.

Los incisos 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del artículo en comento se refieren a las personas que intervienen en el contrato de transporte. La definición dada pone en evidencia el hecho ya mencionado de que el contrato de transporte es una combinación de arrendamiento de servicios y de depósito.

El artículo 167 del Código en comento señala que el transporte participa de los caracteres del arrendamiento de servicios y del depósito, contratos que son civiles; luego, el contrato de transporte también lo es, salvo cuando es ejecutado por una empresa.

El artículo 171 establece que las disposiciones relativas al transporte en el Código de Comercio son obligatorias para toda clase de porteadores, incluso para las personas que se obligan ocasionalmente a conducir pasajeros o mercaderías. Así el contrato de transporte sea acto civil o comercial se rige por las disposiciones del Código de Comercio.

En el caso del transporte aéreo, éste se rige por las disposiciones relativas al transporte terrestre.

- Artículo 3 N° 7: las Empresas de Depósito de Mercaderías. Dicho numeral señala que "son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos, 7° Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, las agencias de negocios y los martilleros".

Dentro de este numeral se encuentran comprendidos:

a) Empresas de Depósito: es un contrato civil por el cual se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y restituirla en especie, así lo señala el artículo 2211 del Código Civil.

En este sentido también se define depósito como un contrato real que se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario. Si el depósito es ejecutado por empresas de depósito de mercancías es mercantil para la empresa depositaria.

El numeral se refiere a toda empresa que se dedica a recibir cosas en depósito, como las custodia de maletas, de vehículos y a los almacenes generales de depósito. Estos últimos, están regidos por la ley 18.690 de 1988. De acuerdo al artículo 3° de esta ley "son almacenes generales de depósito o almacenes, los establecimientos, recintos, depósitos, contenedores destinados a recibir o guardar mercancías o productos con arreglo a las disposiciones de la ley, sean estos de propiedad del almacenista[7] o de otra persona".

En virtud del depósito el almacén expide o emite dos documentos: un certificado de depósito, donde se deja constancia de la naturaleza, cantidad, calidad de las especies depositadas y los seguros que la caucionan, pudiendo negociarse mediante endoso, permitiendo la entrega o tradición sin necesidad del desplazamiento material de las cosas depositadas y, el vale de prenda o Warrants, que tiene por objeto permitir al dueño de las mercaderías obtener crédito, al caucionar (asegurar) el cumplimiento de la obligación mediante la constitución de un derecho real de prenda sobre las mercaderías a favor de su acreedor. La prenda se formaliza con el endoso o vale respectivo.

b) Empresas de Provisiones: el contrato de aprovisionamiento tiene por objeto proveer de cosas muebles a una persona natural o jurídica durante un tiempo determinado para la satisfacción de una necesidad, mediante un precio fijado de antemano y durante la vigencia del contrato.

Por Ejemplo

Empresas que abastecen casinos, cuarteles de policía, recintos penales, entre otros.

c) Las empresas de Suministro: tienen por objeto prestar servicios mediante una remuneración determinada. Estos servicios por lo general interesan a toda la comunidad y se encuentran bajo el control del estado a veces como servicios públicos (agua potable, luz, gas, teléfono, entre otros) y otras veces como servicios privados (diarios, establecimientos privados de educación, entre otros).

d) Las Agencias de Negocios: son establecimientos de características poco definidas que suponen una organización permanente que presta servicios a varias personas a la vez, como agencias de empleo, de informaciones comerciales, de publicidad, de administración de bienes, de viajes y turismo, entre otras.

e) Los Martilleros: se refiere a las casas de martillo. Son martilleros las personas naturales o jurídicas inscritas en un registro, en conformidad a la ley, para vender públicamente al mejor postor toda clase de bienes corporales muebles. Además del elemento empresa que mercantiliza la actividad del martillero público, no puede perderse de vista ya que esta persona natural o jurídica organiza un conjunto de

[7] Almacenista es la persona natural o jurídica que recibe mercancías en depósito.

factores materiales y humanos (local, instalaciones, vehículos, personal remunerado), para intermediar entre las personas que deseen vender bienes corporales muebles de toda clase y quienes buscan adquirirlos en pública subasta.

- Artículo 3 N° 8: las Empresas de Espectáculos Públicos. Dicho numeral dispone "son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos, n° 8: las empresas de espectáculos públicos, sin perjuicio de las medidas de policía que corresponda tomar a la autoridad administrativa".

  Estas son empresas destinadas a proporcionar entretenimiento cultural, artístico, musical o popular al público que paga. La naturaleza del espectáculo no obsta a su mercantilidad y para el empresario es acto de comercio la contratación de artistas dramáticos, cómicos, propagandistas, decoradores, empleados de boleterías, entre otros, aunque estos no ejecuten actos de comercio sino sólo civiles.

  El empresario es comerciante al especular con el trabajo ajeno; es un intermediario entre los artistas y el público. Los artistas y demás son meros dependientes, empleados u obreros que arriendan su trabajo y no tienen la calidad de comerciantes.

  De esta manera la empresa tendrá la función de proveer el local; las instalaciones; las luces; el sonido; personal de venta. Ahora si los artistas organizan el espectáculo por sí solos, sin la intervención de un empresario, el acto es civil.

- Artículo 3 N° 9: las Empresas de Seguro Terrestres a Prima. "Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos, 9° las empresas de seguro terrestres a prima, incluso aquellas que aseguran mercaderías transportadas por canales o ríos".

  Conforme al artículo 512 del Código de Comercio "el seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio por el cual una persona natural o jurídica toma sobre sí por un determinado tiempo todos o alguno de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida o cualquier otro daño estimables que sufran los objetos asegurados".

  El concepto de seguro se ha criticado por diversas razones. La primera razón se relaciona a que este concepto es restringido por cuanto sólo se refiere a los seguros de cosas, dejando fuera los seguros de vida, es erróneo señalar que una persona natural o jurídica puede ser asegurador, ya que el comercio de asegurar y reasegurar riesgos a base de prima sólo puede hacerse en Chile por Sociedades Anónimas Nacionales de seguros y reaseguros que tengan por objeto exclusivo el desarrollo de dicho giro y actividades que sean afines o complementarias con este (artículo 4° DFL 251), por último induce a confusión al caracterizar el contrato de seguro como un contrato condicional, en circunstancias que éste nace puro y simple (no condicional), sin perjuicio que el

cumplimiento de una de las obligaciones de las partes queda en suspenso hasta la ocurrencia del riesgo.

Este numeral se refiere a la empresa de seguros; señala que el seguro contratado por una empresa de seguros es un acto de comercio. Se establece así no sólo por la intermediación entre la empresa y el cliente, sino porque la empresa hace posible la existencia del seguro: el seguro sólo puede establecerse desde el punto de vista económico en base a una empresa, pues sólo ésta puede asumir una multiplicidad de riesgos y contratar una multiplicidad de seguros.

- Artículo 3 N° 11: las Operaciones de Banco, las de Cambio y Corretaje. Se analizarán en forma separada, a saber:

  a) Las Operaciones de Banco. El Código de Comercio se refiere a las "operaciones" de banco considerándolas como un todo. Lo que el Código de Comercio califica de acto mercantil son las "operaciones" de banco que suponen, cada una de ellas, la realización de varios actos jurídicos. No emplea el Código la noción de empresa para calificar la mercantilidad de las operaciones bancarias, sino que se refiere a las operaciones como conjunto. Distinto es que las empresas bancarias sean por regla general empresas comerciales que toman como técnica jurídica de su organización la forma de sociedades anónimas.

  b) Las Operaciones de Cambio. El concepto de cambio tiene dos acepciones: el contrato de cambio y el cambio o trueque manual de moneda. En este último sentido se alude al cambio en el artículo 3 n° 11. Estas operaciones son mercantiles respecto de la persona que tiene a disposición del público el cambio, los bancos o casas de cambio. Pero en relación a la persona que concurre a efectuar el cambio, se debe atender al principio de lo accesorio.

  c) Las Operaciones de Corretaje. Al señalar como acto de comercio el corretaje el Código no hace sino ratificar una vez más la idea de la intermediación como elemento determinante de mercantilidad; no considera la profesión, sino el hecho de servir de intermediario entre los comerciantes y facilitarles la conclusión de sus negocios. Respecto de la persona que contrata con el corredor, debe tenerse presente, para calificar la operación de mercantil o civil.

Por Ejemplo

El agricultor que encarga a un corredor la venta de su cosecha de trigo ejecuta un acto civil, para el corredor es un acto de comercio, porque su actuación reviste el carácter de intermediario, lo que precisamente le da el carácter mercantil.

- Artículo 3 Nº 12: "las Operaciones de Bolsa". De conformidad con la ley 18.045 "las bolsas de valores son entidades que tienen por objeto proveer a sus miembros la implementación necesaria para que puedan realizar eficazmente, en el lugar que les proporcione, las transacciones de valores mediante mecanismos continuos de subasta pública y para que puedan efectuar las demás actividades de intermediación de valores que procedan en conformidad a la ley".

  Las operaciones de bolsa son las transacciones de valores; valor es cualquier título transferible, como acciones, bonos, cuotas de fondos mutuos, efectos de comercio, y en general todo título de crédito o inversión.

- Artículo 3 Nº 20: las Empresas de Construcción de Bienes Inmuebles. Señala el Código de Comercio que "Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos, 20º Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza".

  En virtud de la norma recién transcrita se declaran mercantiles las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia[8]. En consecuencia, para que la actividad económica de construcción de bienes inmuebles quede comprendida dentro de los actos que la ley considera mercantiles, es necesario que se ejerza bajo la organización de una empresa, es decir, mediante un conjunto de medios materiales y humanos que una persona reúne y coordina con el propósito de intervenir en el mercado de bienes o servicios. Es precisamente esta organización a la cual el legislador ha querido darle el carácter de comercial, puesto que la construcción ha sido y sigue siendo una actividad civil cuando no se ejerce bajo la forma de empresa.

Realice ejercicios nº 1 al 5

2.4.3. Los Actos Formales de Comercio

Los actos de comercio que se han analizado anteriormente utilizan el denominado principio de accesoriedad o teoría del doble carácter. Ahora, en lo que respecta a los actos formales de comercio no utilizan dicha teoría, porque estos actos siempre serán mercantiles para ambas partes.

La naturaleza comercial de los actos de comercio proviene de la utilización de los títulos de crédito a través de la emisión, el endoso, la aceptación, entre otros. En

[8] Es un bien mueble por naturaleza que por estar permanentemente adherido de manera material a un inmueble pierde su calidad de mueble".

consecuencia los actos realizados a través de títulos de créditos, serán siempre actos formales de comercio que revisten un carácter netamente comercial.

El artículo 3 nº 10 del Código de Comercio declara mercantiles: "las operaciones sobre letras de cambio, pagarés y cheques sobre documentos a la orden, cualesquiera que sean su causa y objeto y las personas que en ellas intervengan, y las remesas de dinero de una plaza a otra hechas en virtud de un contrato de cambio".

Por operación se entiende un negocio, que puede comprender uno o varios contratos o actos jurídicos cada uno de ellos regidos por las normas que les son propias. De esta manera en las letras de cambio se distinguen actos como el giro, la aceptación, el endoso, el aval, que son actos jurídicos unilaterales y en conjunto forman las operaciones sobre letras de cambio.

Se entiende por *letra de cambio*, la orden escrita, revestida por las formalidades exigidas por la ley, en virtud de la cual el librador ordena al librado a pagar una cantidad determinada o determinable de dinero a la persona designada o a su orden

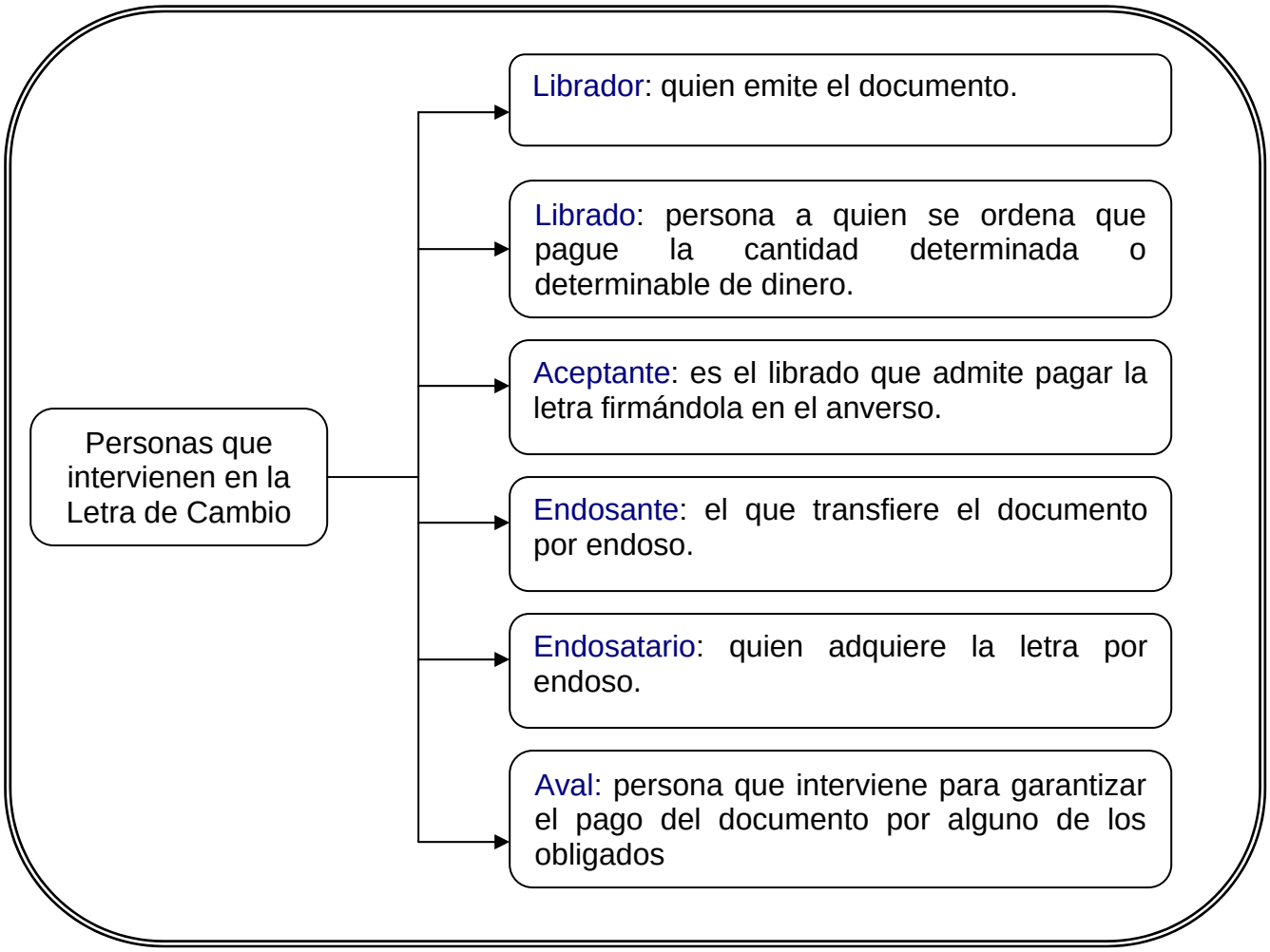
En este contexto, el Contrato de Cambio se encuentra definido en el artículo 620 del Código de Comercio, a saber:

Es una convención por la cual una de las partes se obliga, mediante un valor prometido o entregado, a pagar o hacer pagar a la otra parte o a su cesionario legal cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención.

Intervienen en esta convención el librador, quien contrae la obligación de pagar o hacer pagar la cantidad de dinero; el librado que es la persona a quien se ordena que pague la cantidad girada; y el tomador o beneficiario, que es aquel a quien debe pagarse el dinero o a su cesionario legal. El contrato de cambio se perfecciona por el solo consentimiento de las partes y puede probarse por cualquiera de los medios que admite el Código de Comercio. Cuando la letra de cambio se utiliza para ejecutar el contrato de cambio, librador y beneficiario deben ser siempre dos personas distintas.

En síntesis, en la letra de cambio pueden intervenir, en general, las siguientes personas:

Figura Nº 6: Personas que Intervienen en la Letra de Cambio



A continuación se explicarán las distintas operaciones que se pueden realizar sobre las letras de cambio, pagarés y cheques:

a) Operaciones sobre Letra de Cambio. La ley no señala expresamente cuáles operaciones sobre letra de cambio son mercantiles. Sin embargo, se pueden deducir de la actividad comercial las siguientes operaciones:

1. Giro, emisión o libramiento: es el acto por el cual el librador crea la letra.

2. La aceptación: es la declaración unilateral de voluntad del librado que admite la orden contenida en la letra y se obliga a su pago.

3. El endoso: mecanismo que emplea el beneficiario o el portador, para transferir el documento, para darlo en cobro o para constituirlo en garantía, mediante un acto escrito al dorso o su sola firma.

4. Aval: es un acto escrito y firmado en la letra de cambio, en una hoja de prolongación adherida a ésta o en documento separado, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza, en todo o en parte, el pago de ella.

b) Operaciones sobre Pagaré. Tal como ocurre con la letra de cambio, la ley 18.092, no define pagaré, sino que se limita a enunciar las formalidades de su emisión. Sin embargo se puede definir de la siguiente manera:

> Pagaré es un documento escrito por el cual la persona que lo firma (suscriptor) se confiesa deudora de otra (beneficiario) de una cantidad determinada o determinable de dinero y se obliga a pagarla en la época señalada.

Este es una promesa de pago, no sujeta a condición, donde intervienen dos personas, el suscriptor y el beneficiario. Las operaciones sobre pagarés pueden comprender suscripción, endoso y aval.

c) Operaciones sobre Cheques. El cheque se conceptualiza de la siguiente manera:

> Cheque es un documento por el cual la persona que lo gira se compromete a pagar una suma de dinero, para el caso que el banco contra el que se emite no lo pague por cualquier causa.

El cheque puede ser visto de dos maneras. La primera como un instrumento vinculado al contrato de cuenta corriente bancaria o como título de crédito, el cual tendrá el mismo valor.

Como operaciones sobre cheques se pueden citar: el giro o libramiento, el endoso y aval.

2.5. Actos de Comercio Marítimos

Los números 13 al 19 inclusive del artículo 3º se refieren a los actos de comercio marítimo que se califican de mercantiles sin considerar para nada el principio de la accesoriedad ni la existencia de actos mixtos o de doble carácter. Así lo expresa, por lo demás el artículo 3º en su número 16. En consecuencia, los actos que dicen relación con el mar son siempre mercantiles.

Por Ejemplo

Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas; los fletantes, seguros y demás contratos concernientes al comercio marítimo; los hechos que producen obligaciones en los casos de averías, naufragios y salvamentos.

CLASE 04

3. SUJETOS DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL

Dentro de los sujetos de la actividad mercantil se pueden encontrar los siguientes: el comerciante, que en otras legislaciones se denomina empresario individual, las sociedades que son los comerciantes colectivos, las cooperativas, las empresas individuales de responsabilidad limitada y los auxiliares del comercio los que pueden ser dependientes o independientes. A continuación se desarrollará quienes son los sujetos que conforman la actividad mercantil y sus principales características.

3.1. Los Comerciantes, Prohibiciones y Comercio Reservado

Conforme al artículo 7º del Código de Comercio son comerciantes "los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual". Así, siguiendo la literalidad de la norma, el sujeto que ejecuta accidentalmente un acto de comercio no es comerciante. De la definición dada de comerciante en el artículo 7º, se desprenden los requisitos que deben concurrir para adquirir la calidad de comerciante, a saber:

a) Capacidad para Contratar. La capacidad aludida en el artículo 7º del Código de Comercio, es la capacidad de ejercicio, es decir, la capacidad para adquirir derechos y obligaciones por si mismo.

   La capacidad para el desempeño de la profesión de comerciante se encuentra tratada entre los artículos 10 a 18 del Código de Comercio, los que se refieren a los hijos de la familia, menores que administran un peculio[9] profesional y a las mujeres casadas.

   De conformidad con la norma contenida en el artículo 10 del Código de Comercio, los hijos de familia y los menores que administran su peculio profesional en virtud de la autorización que les confieren los artículos 246 y 439 del Código Civil, pueden ejecutar libremente actos de comercio, quedando obligados hasta la concurrencia de dicho peculio y sometidos a las leyes comerciales. Esto significa que el menor adulto puede dedicarse

[9] Masa o conjunto de bienes.

al comercio y tener el carácter de comerciante. Además de la norma contenida en el artículo 10 del Código de Comercio, que permite aseverar esta afirmación, el artículo 18 del mismo cuerpo legal dispone que "el menor comerciante puede comparecer en juicio por sí solo en todas las cuestiones relativas a su comercio". Aun más, el artículo 48 inciso segundo de la ley de quiebra expresa que la quiebra del menor adulto que administra su peculio profesional o industrial, comprende únicamente los bienes de este peculio.

Por otro lado, la mujer casada es plenamente capaz, de manera que respecto de ella sólo hay que preocuparse del régimen patrimonial bajo el cual contrajo el matrimonio. El único caso que requiere comentario es el de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, que ejerce la actividad comercial separadamente de su marido, porque respecto del ejercicio de ese comercio se considerará separada totalmente de bienes. Según lo previsto en el artículo 11 del Código de Comercio, la mujer casada comerciante se rige por lo establecido en el artículo 150 del Código Civil, el que dispone: "la mujer casada de cualquier edad podrá dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria". Pero si fuere menor de veintiún años, necesitará de la autorización judicial, con conocimiento de causa para gravar (colocar un gravamen, como prendar o hipotecar algo) y enajenar[10] los bienes raíces.

b) Ejecución de los Actos de Comercio. Se refiere a la ejecución de alguno de los actos enumerados en el artículo 3º del Código de Comercio, los cuales ya fueron estudiados al principio de la unidad.

c) Ánimo Profesional. Al legislador le interesa que el comerciante ejecute actos de comercio con el ánimo de dedicarse profesionalmente a ellos. La habitualidad en la mayoría de los casos es un elemento que sirve para manifestar exteriormente el ánimo profesional. Sin embargo, ciertos sujetos adquieren la calidad de comerciantes antes de haber ejecutado actos de comercio, toda vez que en ellos existe un ánimo de desempeñar profesionalmente una actividad comercial, como es el caso de los corredores de propiedades, los abogados, entre otros.

A continuación se explicará lo que se entiende por comercio reservado y las prohibiciones para contratar, los cuales constituyen elementos que deben analizarse dentro de este título.

– Comercio Reservado. El propio Estado se reserva para sí determinado comercio.

Por Ejemplo
Transporte ferroviario, fabricación de monedas, fabricación de armas, correos, entre otros.

[10] Vender en un sentido jurídico con el ánimo de transferir el dominio una cosa o un derecho a otra persona.

La legislación chilena mantiene el principio de la libertad de comercio; por ello, en la Ley N° 13.305, trata en su título V de las "normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial". De conformidad con el artículo 172 de esta ley llamada "antimonopolios", no podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales y comerciales. Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipal, el monopolio de determinadas actividades industriales y comerciales. Esta misma ley crea una comisión que debe determinar si alguna actividad constituye una infracción a sus disposiciones, en cuyo caso encomienda al Consejo de Defensa del Estado que inicie el proceso correspondiente ante los tribunales.

También existe una reserva de la actividad mercantil a favor de ciertos profesionales, de algunas formas de sociedades, o por la condición de ser persona natural o jurídica de nacionalidad chilena.

Por Ejemplo

La actividad bancaria reservada a las sociedades anónimas, el seguro reservado a sociedades anónimas nacionales de seguros, la actividad de martillero sólo la pueden ejercer aquellos que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Martilleros, entre otros.

- Prohibiciones. El artículo 19 del Código de Comercio dispone que los contratos celebrados por personas a quienes les esté prohibido por las leyes el ejercicio del comercio, no producen acción (demanda) contra el contratante capaz, pero confieren a éste el derecho de demandar a su elección la nulidad o el cumplimiento de ellos, a menos que se pruebe que ha procedido de mala fe.

  Por un lado lo que realmente existe en la actualidad son determinadas prohibiciones que afectan a ciertos comerciantes, los cuales no pueden celebrar algunos contratos. Así, el artículo 331 del Código de Comercio prohíbe a los factores o dependientes de comercio (agentes auxiliares del empresario comercial) realizar por su cuenta y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género de las que haga por cuenta de sus mandantes, a menos que fueren expresamente autorizadas. Por otra parte, el artículo 404 del Código de Comercio prohíbe a los socios en una sociedad colectiva explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad y hacer sin el consentimiento de todos los consocios (distintos socios) operaciones particulares, de cualquier especie, cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio.

  En consecuencia, los corredores de comercio no pueden ejecutar operaciones comerciales por su cuenta o tomar interés en ellas, bajo nombre propio o ajeno, directa o indirectamente. Así lo dispone el artículo 57 del Código de Comercio. Los corredores de

comercio son agentes auxiliares del empresario mercantil, cuya misión es la de dispensar (dar, conceder) su mediación asalariada y facilitarles la conclusión de sus contratos. Ellos ponen en contacto a las partes interesadas que contratan entre sí, pero no intervienen en los contratos mismos. Esta actividad de mediación asalariada entre los empresarios de comercio es una actividad calificada de comercial. Ahora, lo que la ley les prohíbe es ejecutar ellos mismos operaciones comerciales o tomar interés en ellas, por cuanto eso constituye una actividad comercial distinta de la que les es propia.

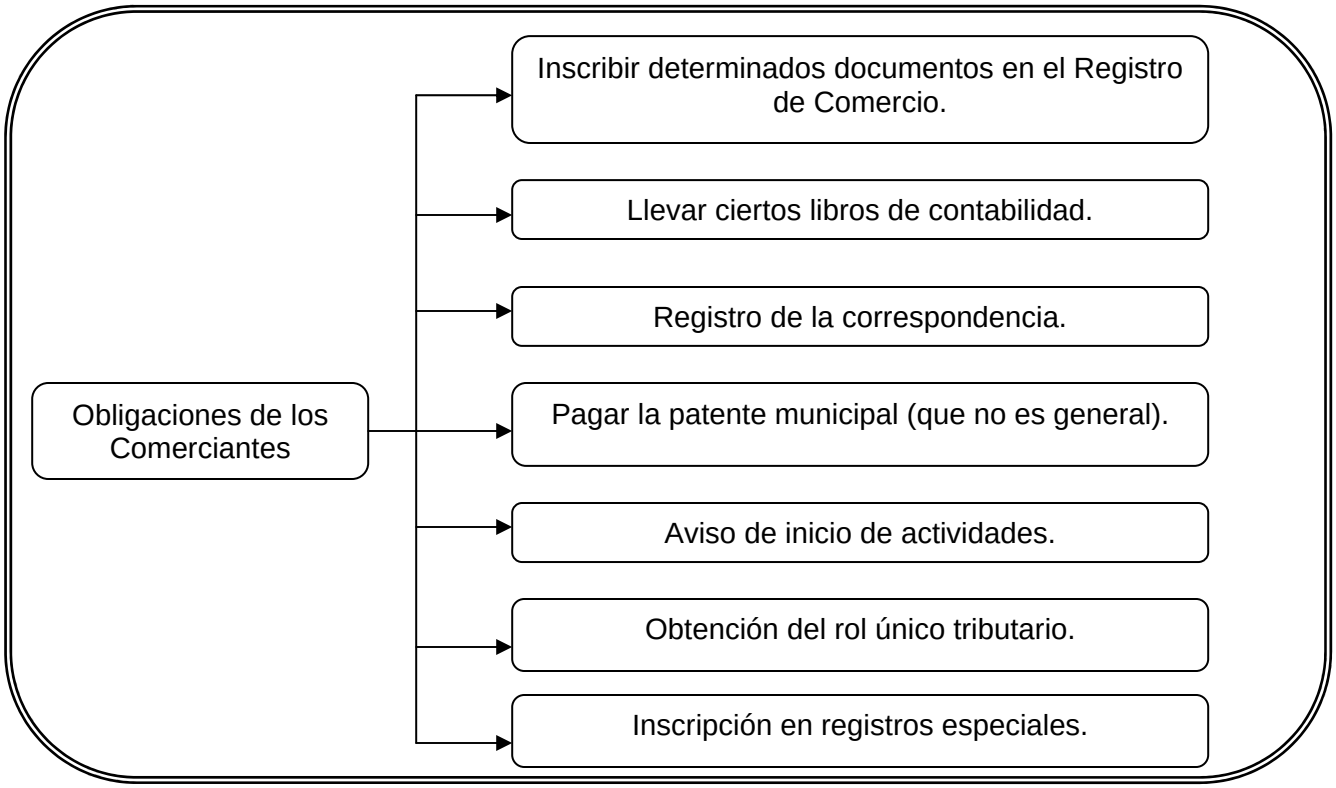
CLASE 05

3.2. Obligaciones de los Comerciantes

La ley ha impuesto ciertas obligaciones que pesan sobre las personas que ella califica de comerciantes, a quienes se les denomina empresarios individuales de comercio. Tales obligaciones tienen por fundamento por un lado los actos y contratos que los comerciantes celebran con los terceros. Por el otro, las exigencias propias del comercio en materia de prueba de las obligaciones y por último la publicidad de las mismas.

Las obligaciones profesionales que deben cumplir los empresarios de comercio son fundamentalmente siete y se esquematizan en la siguiente figura:

Figura Nº 7: Obligaciones de los Comerciantes



A continuación, se desarrollan cada una de las obligaciones de los comerciantes que existen dentro del derecho mercantil chileno.

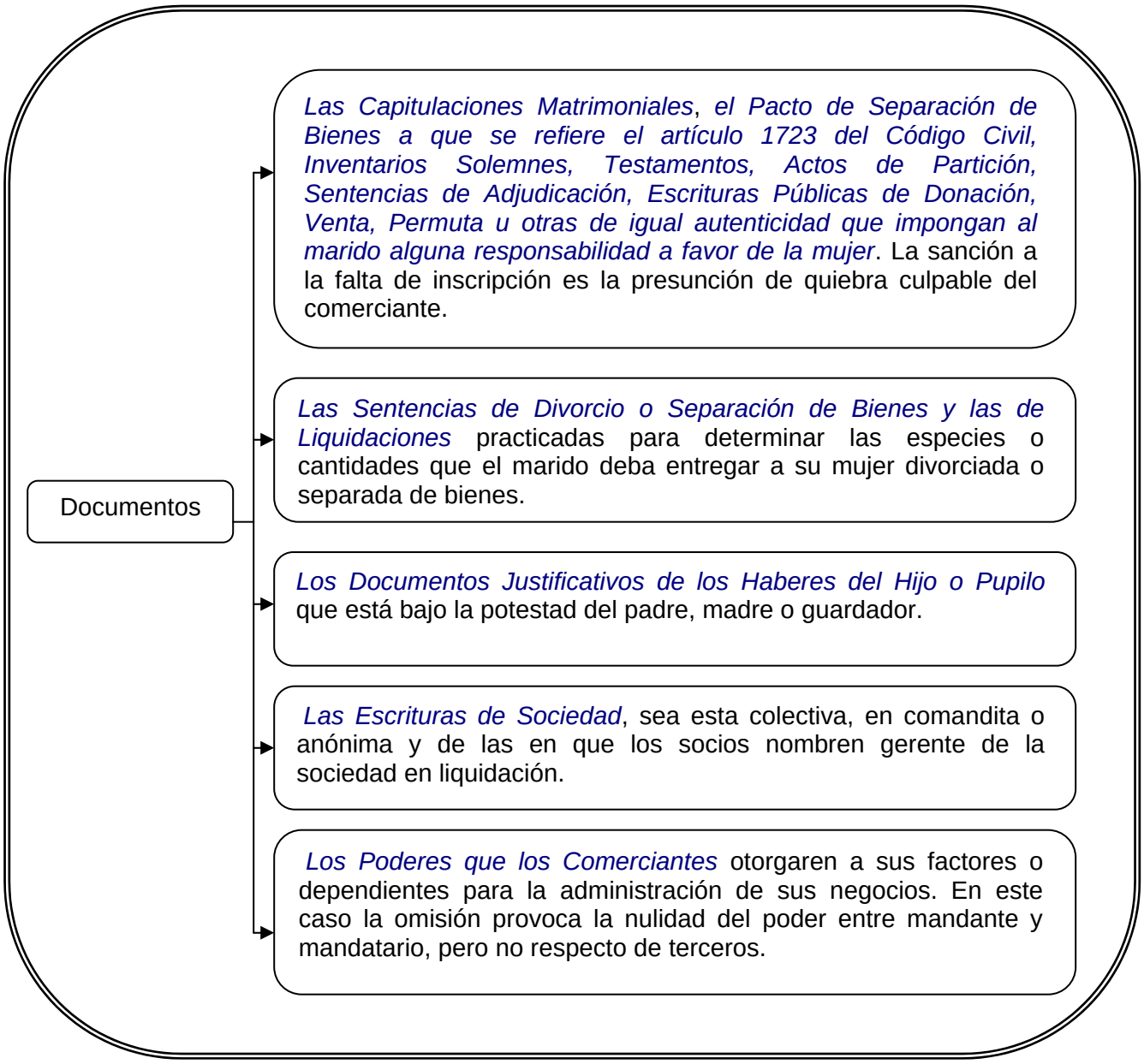
- Inscripción de Documentos en el Registro de Comercio

Para la seguridad de las personas que contratan con los comerciantes, éstos están obligados a inscribir en el Registro de Comercio determinados documentos que contienen actos o contratos que significan alteraciones de su responsabilidad frente a terceros.

El artículo 20 del Código de Comercio establece que en la cabecera de cada departamento se llevará un registro en que se anotarán todos los documentos que deben someterse a inscripción. El encargado de llevar dicho registro será nombrado por el Presidente de la República y tendrá el título de Conservador de Comercio.

Los documentos deben inscribirse en extracto, deberán ser auténticos, es decir, otorgados por el competente funcionario con las formalidades legales. De acuerdo al artículo 22 del Código de Comercio, los documentos que deben inscribirse en extracto son los siguientes:

Figura Nº 8: Documentos que Deben Inscribirse en Extracto



La regla general para el caso de omitirse estas inscripciones es que se presume culpable la quiebra del comerciante, así lo establece el artículo 219 N° 11 de la ley 18.175. El plazo para inscribir documentos es de 15 días desde el otorgamiento del documento o sujeto a inscripción o desde que el marido, padre, madre o guardador principie a ejercer el comercio.

- Obligación de Contabilidad

La contabilidad se ha definido como el arte de registrar, clasificar, resumir e informar, en libros, registros, estados, informes y formularios hechos que tienen un carácter financiero e interpretar sus resultados.

Se trata de una obligación que el artículo 25 del Código de Comercio establece, el cual señala lo siguiente: "Todo comerciante está obligado a llevar para su contabilidad y correspondencia: 1) el libro diario 2) el libro mayor o de cuantas corrientes 3) el libro de balances y 4) el libro de copiador de cartas". Se trata de un deber establecido en el interés del comerciante, pues la contabilidad es un elemento indispensable para determinar el resultado de las operaciones que el comerciante realiza día a día. El derecho comercial considera importante esta exigencia, por cuanto la contabilidad revela la situación de la empresa.

"Los no comerciantes", aunque ejecuten accidentalmente actos de comercio, no tienen obligación de contabilidad

Esta obligación se ha establecido por un lado en beneficio del comerciante y por el otro en interés de los terceros. En el primer sentido en beneficio del comerciante, con el objeto de lograr un buen orden de sus negocios y por la prueba de sus derechos y obligaciones. En el segundo sentido en función de los terceros que contratan con el comerciante y el público en general.

El artículo 17 del Código Tributario expresa que toda persona (incluyendo al comerciante) que deba acreditar la renta efectiva, lo hará mediante contabilidad fidedigna, salvo norma en contrario. En este sentido se debe entender por contabilidad fidedigna:

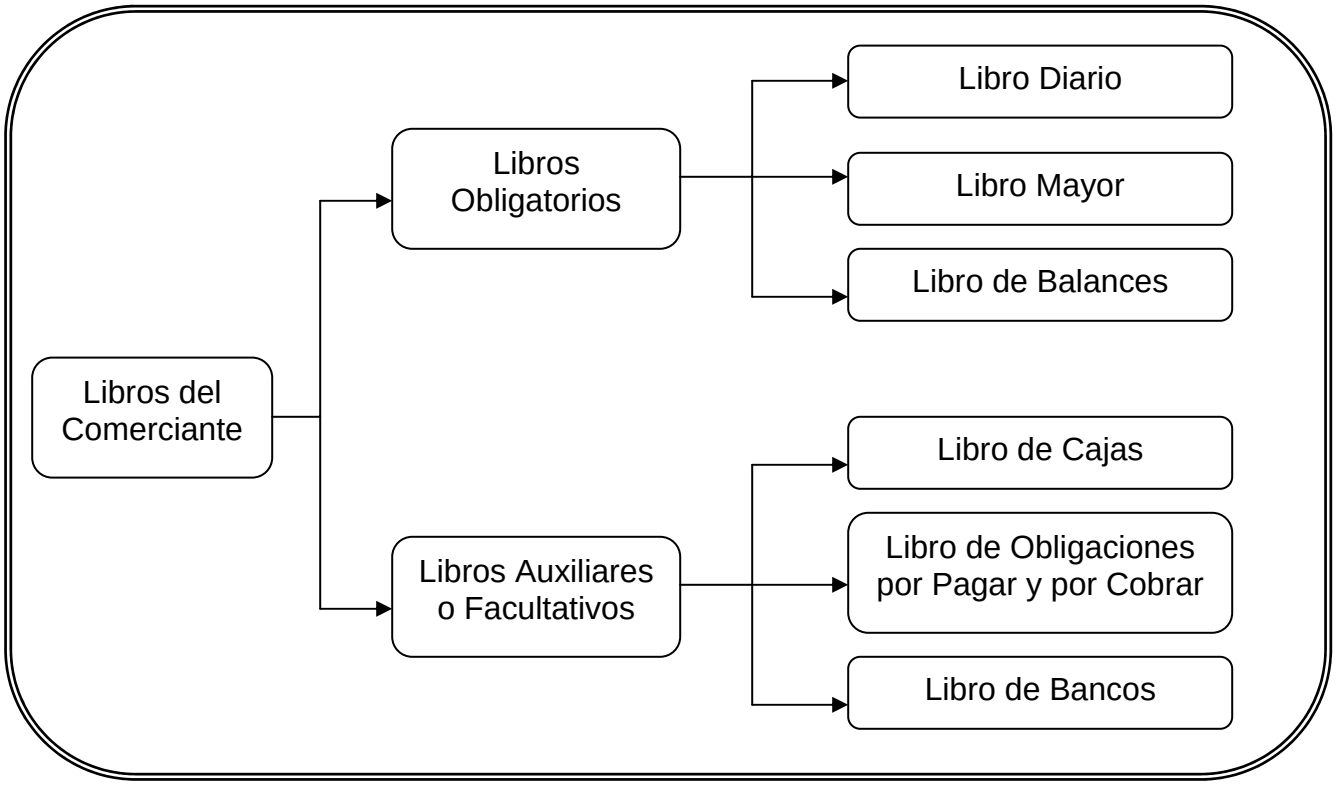
Aquella que ajustada a las normas legales y reglamentarias vigentes, registra fielmente, por su monto y a medida que se desarrollan las operaciones, ingresos, desembolsos, inversiones y existencias de bienes, relativos a las actividades del contribuyente, que dan origen a las rentas efectivas que la ley obliga acreditar, como asimismo que están respaldadas por documentación, en su caso.

Esta obligación rige respecto de todo comerciante cualquiera sea su capital y giro. El Código de Comercio sólo hace diferencia entre el comerciante al por mayor y comerciante al por menor en lo referente al número de libros que debe llevar.

A continuación, se revisarán tanto los libros obligatorios como los auxiliares o facultativos, que debe llevar un comerciante, los cuales son:

– Libros Obligatorios. Estos libros deben llevarse necesariamente como lo exige la ley y son los únicos que en general tienen mérito probatorio (que sirven como medio de prueba).

Figura Nº 9: Libros Obligatorios y Facultativos



Cada uno de los libros señalados en la figura anterior, son explicados a continuación:

a) Libro Diario. Es aquel donde se asientan por orden cronológico y día por día las operaciones mercantiles que ejecute el comerciante, expresando detalladamente el carácter y circunstancias de cada una de ellas. El artículo 28 del Código de Comercio permite omitir en el libro diario el asiento detallado tanto de las cantidades que entran como de las compras, ventas y remesas de mercaderías que el comerciante hiciere, si el comerciante lleva libro de caja y libro de factura. En el primero se anotan los movimientos de dinero y en el segundo los movimientos de mercaderías. Cuando se hace uso del artículo 28, dichos libros pasan a ser parte integrante del libro diario y deben llevarse como los libros obligatorios para tener valor.

b) Libro Mayor. Este libro no tiene una definición legal, la práctica muestra que en él se abren diferentes cuentas a las diferentes personas con las que el comerciante mantiene negocios (cuentas personales); a los diferentes objetos particulares que forman parte de sus negocios (cuentas reales); y se registran los valores recibidos, transitoria o permanentemente que no pertenecen al negocio o al sujeto y que se conservan en calidad de deposito o garantía y que no afectan las mayores o menores utilidades del negocio (cuentas de orden). Todas las anotaciones se ordenan por su

naturaleza, en “debe” y “haber”, las partidas que en el libro diario aparecen mezcladas y por simple orden cronológico.

c) Libro de Balances. El artículo 29 del Código de Comercio señala que al abrir su giro, todo comerciante realizará en el libro de balances una enunciación estimativa de todos sus bienes, tanto muebles como inmuebles y de todos sus créditos activos y pasivos. Al fin de cada año se formará en este mismo libro un balance general de todos sus negocios. Respecto del inventario inicial, es necesario señalar que la estimación de sus bienes, es decir, el avalúo, lo hace el comerciante por si sólo según su criterio.

El balance es un cuadro del resumen de todas las cuentas de los libros, lo que permite apreciar el estado general del negocio en un momento determinado y ver los resultados periódicos, la ley exige realizar un balance al final de cada año.

– Libros Auxiliares o Facultativos. El comerciante puede llevar libros auxiliares en el número y condiciones que desee, por lo que dependerán de las necesidades propias de cada negocio. Los más usados son el libro de caja, de bancos, de obligaciones por pagar, de obligaciones por cobrar, entre otros.

Los libros de contabilidad, en general, deben ser llevados de una forma correcta; deben ser timbrados en el Servicio de Impuestos Internos antes de ser usados y quedan sujetos a la fiscalización de dicho servicio; deben llevarse en lengua castellana por un contador, lo que no libera al comerciante de su responsabilidad; y deben llevarse en moneda nacional.

La obligación de llevar y mantener los libros de contabilidad se extiende hasta el término del giro, es decir, hasta que termine la liquidación de sus negocios y sigue el comerciante y sus herederos. En cambio, para efectos tributarios y sólo para esos efectos, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 17 del Código Tributario, la obligación de conservar los libros es por seis años, que es el período máximo de revisión de que dispone el Servicio de Impuestos Internos. Para efectos de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, las sociedades de su fiscalización deben mantener durante 10 años sus libros, formularios, documentos y papeles.

El mérito probatorio de los libros obligatorios de contabilidad debe regirse por el artículo 1704 del Código Civil. Esta norma legal señala: “Los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad y con tal que el quiera aprovecharse de ellos no los rechace en a parte que le fuere desfavorable” Sin embargo, pueden hacer prueba a favor del comerciante que los lleva o en contra de él. Para la primera situación el legislador establece en el artículo 35 del Código de Comercio exigencias, tales como: que se trate de un juicio

entre comerciantes, que la causa sea mercantil para ambas partes, y que los libros se lleven en forma legal.

Cumplidos estos requisitos los libros hacen plena prueba. En caso de ser llevados irregularmente no tienen valor probatorio a favor del comerciante que los lleva, quedando éste entregado a lo que digan los libros del comerciante contendor (contrincante), siempre que estos estén conforme a la ley y no se rindiere otra prueba en contrario.

En caso que los libros de ambos comerciantes sean llevados en forma legal y exista desacuerdo entre ellos, los tribunales deben decidir según el valor de las demás pruebas rendidas.

Cabe señalar que cuando hacen prueba en contra del comerciante que los lleva, se les considera como una verdadera confesión escrita que no admite prueba en contrario. En este caso no son necesarias las exigencias del artículo 35 del Código de Comercio. Además de su valor como medio de prueba, los libros de contabilidad pueden servir, junto con otros medios probatorios, de base de una presunción judicial.

En cuanto al mérito de los libros auxiliares de contabilidad hay que señalar en contra del comerciante que los lleva tienen pleno valor probatorio, ya que la ley no hace ninguna distinción. A favor del comerciante que los lleva no hacen prueba independiente de los libros obligatorios, pero si el comerciante los hubiere perdido sin culpa, harán prueba siempre que estén bien llevados. Sumados a otras pruebas pueden constituir una presunción judicial.

Los libros de contabilidad son usados actualmente por pequeños comerciantes. Las grandes empresas cumplen su obligación de contabilidad a través de programas computacionales e impresiones en papel continuo aprobados por el Servicio de Impuestos Internos.

- Registro de la Correspondencia

El artículo 25 del Código de Comercio señala que: entre los libros que está obligado a llevar, todo comerciante, es el libro copiador de cartas. Por su parte el artículo 45 dispone que en este libro, los comerciantes deben dejar copia íntegra de las cartas que escribieren sobre negocios de su giro.

En cuanto a la forma de llevar este libro, conforme al artículo 46 del Código de Comercio, las cartas se deben poner unas en pos de otras, en orden cronológico y se dejan espacios en blancos. En la actualidad, no existe este libro, pero subsiste la obligación de registro de las cartas. Así el libro copiador de cartas, es reemplazado por un archivo de copias de cartas.

Los juzgados pueden decretar, de oficio (el propio juez lo pide) o a petición de parte la exhibición de las cartas originales que tengan relación con el juicio y además ordenar que se compulsen (fotocopien) los libros que se hayan dirigido los litigantes.

- Pagar Patente Municipal

La ley de rentas municipales establece que el ejercicio de toda profesión; oficio; industria; comercio; arte o cualquiera otra actividad lucrativa sea cual fuere su naturaleza o denominación está sujeta a una contribución de patente municipal. La patente se puede transferir cuando el establecimiento cambia de dueño, pero no puede venderse separadamente del negocio de que se trata.

- Aviso de Inicio de Actividades

Esta importante obligación de la empresa comercial esta contenida en el artículo 68 del Código Tributario, norma modificada por la ley N° 19.506, que busca facilitar y agilizar la fiscalización de las obligaciones tributarias por parte del Servicio de Impuestos Internos.

Cabe señalar que están obligados a presentar esta declaración todas las personas, comerciantes o no, que den inicio al ejercicio de alguna de las actividades lucrativas a que se refieren los números 1, letras “a” y “b”, 3, 4 y 5 del artículo 20, artículos 42 N° 2 y 48 del decreto ley N° 824 sobre impuesto a la renta, es decir, que obtengan cualquier tipo de rentas; provengan ellas del capital; del ejercicio del comercio o de la industria o del ejercicio de profesiones liberales.

De esta manera se entenderá que existe iniciación de actividades cuando se realiza cualquier acto que sirva de base para el cálculo de los tributos o bien que los generen. La definición anterior reviste especial importancia para el cómputo del plazo para dar cumplimiento a esta exigencia, toda vez que la declaración jurada deberá presentarse dentro de los dos meses siguientes a aquel del comienzo de actividades, plazo que empieza a correr sólo una vez expirado el mes en que se iniciaron las operaciones.

La referida declaración se lleva a efecto en un formulario único puesto a disposición de los contribuyentes por el Servicio de Impuestos Internos.

- Obtención del Rol Único Tributario

La obligación de incorporarse a un registro correlativo numérico que lleva el SII y que facilita el control de los contribuyentes pesa sobre toda persona, natural o jurídica y demás entidades colectivas, que gocen o no de personalidad jurídica, que sean susceptibles de ser

sujeto de impuestos. Este deber se encuentra contenido en el artículo 66 del Código Tributario y reglamentado por el decreto con fuerza de ley N° 3 de 1969.

Respecto de las personas naturales, el número otorgado se corresponde con el de la cédula nacional de identidad. En lo que respecta a las personas jurídicas, el SII deberá asignarles una enumeración propia.

En caso de fallecimiento de un contribuyente, sus herederos podrán seguir utilizando, por un término de tres años contados desde la apertura de la sucesión, el mismo RUT, mientras no se determine la cuota de cada heredero o asignatario en el patrimonio comunitario. Una vez transcurrido dicho plazo, deberá devolverse la cédula dentro de 60 días, al SII. Tratándose de una persona jurídica en disolución, el plazo para restituir este documento es de 60 días contados desde la terminación de actividades. En caso de la empresa comercial, la infracción a esta obligación es sancionada como ejercicio clandestino del comercio o la industria.

- Inscripción en Registros Especiales

Una de las obligaciones de los comerciales consiste en la inscripción en registros especiales cuando proceda. Por lo antes expresado se pueden encontrar como registros especiales los siguientes:

a) Ley de Alcoholes para los embotelladores de vino y champaña, comerciantes al por mayor de vinos y licores, importadores de los mismos, la obligación de inscribirse en un registro que lleva el SII.

b) La ley 18.045 para corredores de bolsa y agentes de valores; y el decreto con fuerza de ley N° 251 sobre compañías de seguros, que establece que los corredores de seguros deben inscribirse en un registro que para tal efecto lleva la Superintendencia de Valores y Seguros.

c) Ley 18.118 para martilleros, deben inscribirse en el registro nacional de martilleros que lleva la Subsecretaria de Economía, Fomento y Reconstrucción.

CLASE 06

4. EMPRESAS Y ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO

En la actualidad, esta disciplina jurídica se ocupa fundamentalmente de reglamentar la actividad económica de empresa. La actividad económica, para ser eficiente y poder adaptarse a las necesidades de producción y demanda, necesita adoptar una organización determinada, que no es otra que la empresa.

La empresa no tiene personalidad jurídica expresa en el sistema legal chileno como un sujeto de derecho, salvo en el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada; pese a ello existen diferentes textos legales que se refieren a la empresa, reconociendo su existencia, en otras palabras, por regla general la empresa no goza de personalidad jurídica propia; y es justamente la atribución de personalidad jurídica la que en derecho acarrea como consecuencia tratar a un ente como persona, y en definitiva asignarle derechos y obligaciones.

La empresa puede ser definida desde dos puntos de vista: el económico y el jurídico. Desde un punto de vista conceptual se acepta la visión económica, uniforme de empresa como el empleo de fuerzas económicas (capital y trabajo) para la obtención de la mayor ganancia posible o un aumento patrimonial ilimitado. Sin embargo, no existe un concepto jurídico unitario de la empresa como objeto de un tráfico jurídico, ya que en términos generales se entiende que ésta no sólo tiene como objeto el incremento de la riqueza, sino que también puede tener otros propósitos como la cultura, beneficencia, salud, entre otros.

Desde el punto de vista jurídico, se plantea la inquietud de determinar el elemento que califica a un ente como empresa, pudiendo ser la finalidad que persigue, la estructura que tiene, su giro u otras circunstancias.

4.1. Concepto Jurídico de Empresa

La empresa se puede definir como: la organización de capital y de trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o de servicios para el mercado. Es un medio del que el empresario se sirve para realizar una determinada actividad económica. Dicha actividad, se concreta en la producción o mediación de bienes o servicios. Entre las instituciones creadas para hacer posible esta actividad se pueden mencionar algunos como los auxiliares del comercio; los signos distintivos, marcas comerciales y patentes de invención; el principio de la libre competencia; los títulos de créditos, entre otros.

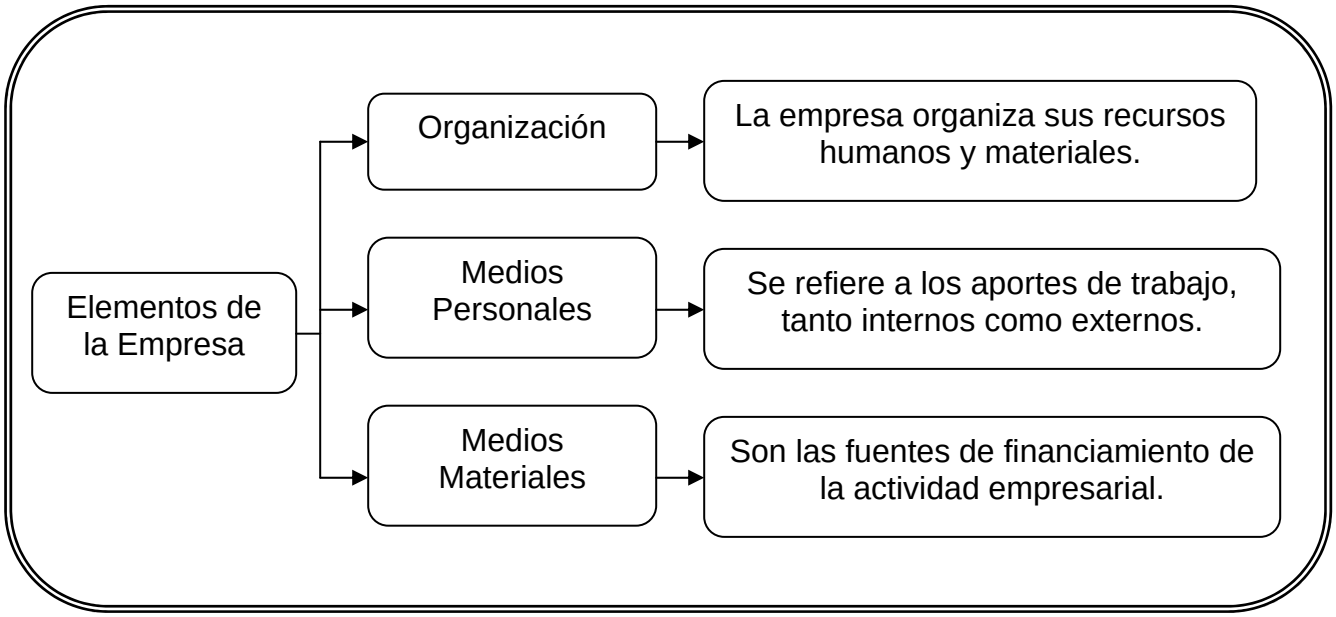
Dentro del Ordenamiento Jurídico y más específicamente el Código del Trabajo en su artículo 3 inciso final ha dado una definición de empresa el cual señala lo siguiente: “Es toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

En consecuencia, se entiende por empresa “una organización de medios materiales y personales destinados por el empresario al desarrollo de una actividad productiva” o en un sentido más jurídico como “el ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios”. Sin embargo hay que dejar fuera a la empresa individual de responsabilidad limitada, por cuanto la normativa que la rige define la empresa como una persona jurídica.

4.2. Elementos de la Empresa

Los elementos de toda empresa se refieren a tres aspectos, primero a la organización; segundo a los medios personales y finalmente a los medios materiales. Ellos se esquematizan en la siguiente figura:

Figura Nº 10: Elementos de la Empresa



A continuación se explican cada uno de los elementos que componen la empresa, la definen y caracterizan.

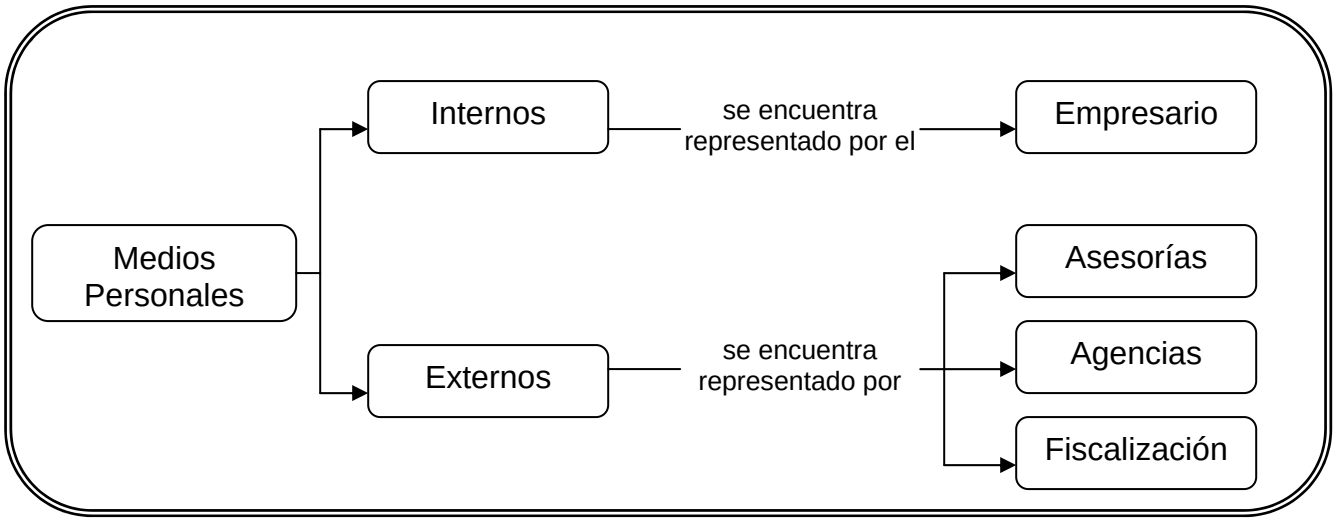
a) Organización. La empresa adquiere importancia cuando los distintos elementos y bienes a través de los cuales se desarrollan, son organizados con una intención, que no necesariamente es sinónimo de lucro, ganancia o crecimiento patrimonial. La organización implica el ordenamiento de los diversos componentes. Se trata de una disposición ordenada de recursos humanos y recursos materiales e inmateriales en función a la actividad a realizar y de los fines perseguidos.

Al no reconocer la legislación chilena a la empresa como entidad jurídica, la forma de organización es originada en la mayoría de las veces a partir de la imposición del propietario quien realiza el capital, de tal manera que este regulará la organización buscando las condiciones más adecuadas para la seguridad de la inversión.

b) Medios Personales. Este elemento se refiere a los aportes de trabajo. Los aportes personales pueden ser internos o externos, dependiendo de si forman parte de la estructura interna de la empresa o se encuentran fuera de ella. A continuación se

esquematiza la división de los medios personales, el cual servirá para comprender el funcionamiento de ellos.

Figura Nº 11: Medios Personales de la Empresa



Asimismo cabe señalar que los aportes personales internos están representados por el que realiza la labor de dirección, normalmente el empresario, y por la labor subordinada a este, referida al trabajo dependiente. Respecto a la labor de dirección ésta abarca o incluye a todas las personas que asumen la responsabilidad de la organización y dirección de la empresa, cualquiera sea la denominación que adopte o le sea atribuida por el organismo de la compañía.

Por Ejemplo

En aquellas empresas cuyo titular es una sociedad anónima, quien aportará los medios personales internos referidos a la administración, será el mismo quien detente la representación de la sociedad, es decir, el directorio.

Los aportes personales externos están representados por las asesorías; agencias y por la contraloría o fiscalización externa. Respecto de las asesorías se encuentran las prestadas por profesionales independientes, como es el caso de la asesoría contable, financiera o jurídica que necesite la empresa; y también se incluyen las actividades conocidas como colaboradores empresariales, entre las que se encuentran la agencia, la distribución y representación civil. A través de ellas la empresa expande territorialmente su campo de acción. Dentro de los aportes externos de fiscalización se encuentran los sistemas de auditoría externa.

c) Medios Materiales. Se refiere, en general, a todas aquellas fuentes directas o indirectas de financiamiento de la actividad empresarial. Por lo tanto, están incluidos el capital de la

empresa, los créditos de proveedores, los préstamos bancarios en sus diversas especies, entre otros.

La manifestación más evidente de los medios materiales está constituida por el "establecimiento comercial industrial". Una empresa puede contar con varios establecimientos de comercio. El establecimiento es sólo un elemento de la empresa, por lo tanto el establecimiento puede faltar, pero la empresa subsiste.

4.3. Establecimiento de Comercio

El establecimiento de comercio puede ser analizado desde dos sentidos, el primero es el objetivo o material y el segundo es el subjetivo. En relación al aspecto objetivo se compone de bienes que utiliza el empresario para el ejercicio de la actividad empresarial. En cuanto al aspecto subjetivo se refiere a la función del sujeto que organiza los distintos elementos. En consecuencia cabe señalar que el aspecto subjetivo se encuentra integrado por la noción de empresa en un sentido jurídico, y el sentido objetivo se manifestará a través del establecimiento de comercio.

En un sentido jurídico la elaboración de un concepto de establecimiento de comercio es difícil, por cuanto, el conjunto de bienes que lo componen es muy diverso. El Código de Comercio Chileno no define establecimiento de comercio, sin embargo reconoce su existencia en el artículo 3°. De todas maneras la doctrina francesa define establecimiento de comercio como:"el conjunto de elementos mobiliarios corporales e incorporales que un comerciante agrupa y organiza para satisfacer las necesidades de su clientela".

4.4. Elementos del Establecimiento de Comercio

Anteriormente se había realizado un breve análisis de lo que se debe entender por establecimiento de comercio, pues bien ahora corresponde explicar cada uno de los elementos que integran esta figura. Por lo antes expresado se pueden señalar como elementos los denominados: a) Corporales o Materiales, b) Incorporales o Inmateriales; cada uno de los cuales se estudiará a continuación.

a) Elementos Corporales o Materiales. Son el conjunto de bienes muebles destinados por el empresario a cumplir alguna función dentro del establecimiento de comercio.

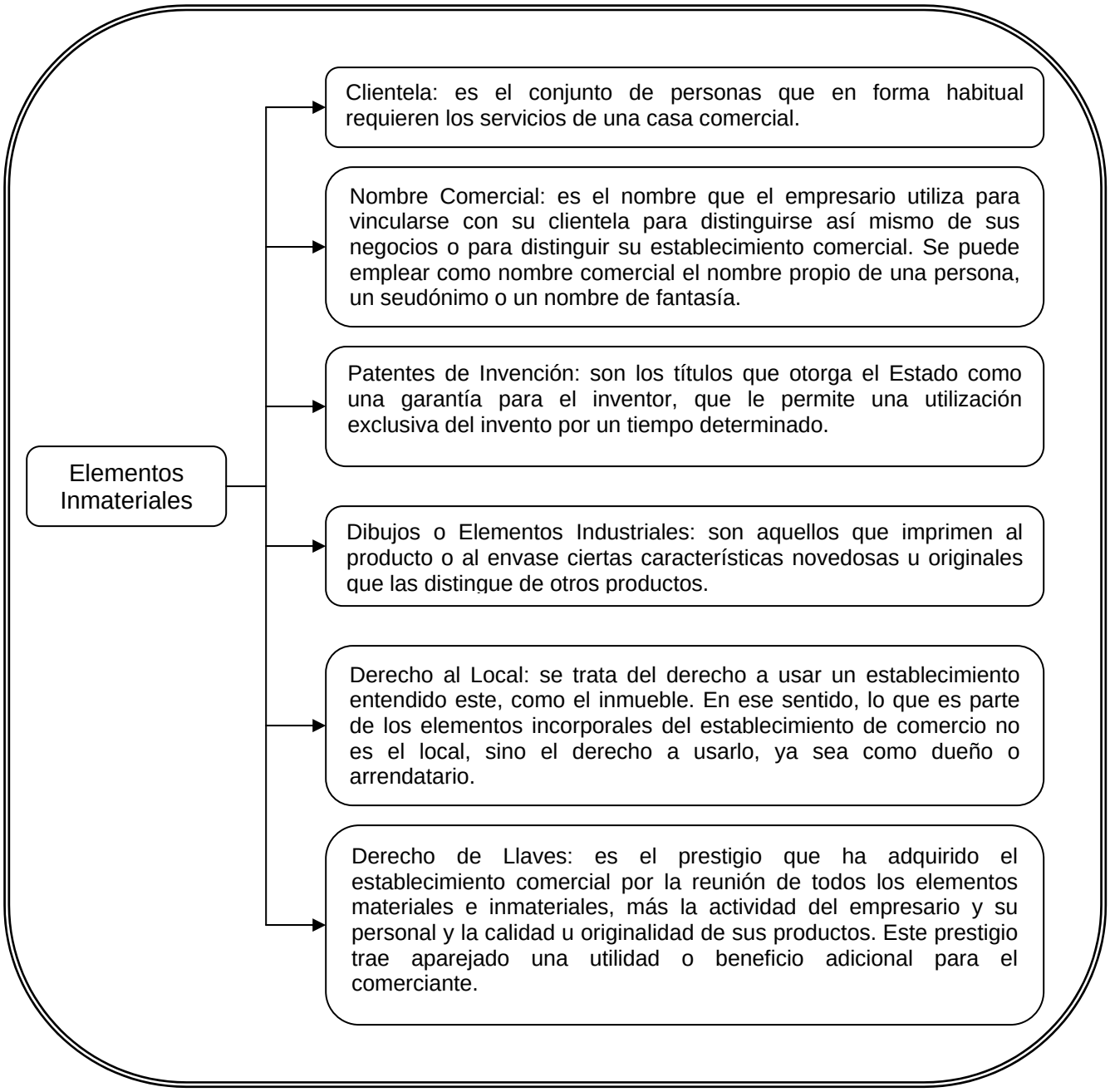
Por Ejemplo

La maquinaria, el mobiliario, las mercaderías, las instalaciones, entre otros.

Algunos autores incluyen dentro de los elementos corporales el inmueble que le sirve de asiento al establecimiento de comercio. Sin embargo, la jurisprudencia nacional acepta solo bienes materiales corporales muebles.

b) Elementos Incorporales o Inmateriales. Son todos aquellos que no se pueden percibir por los sentidos, para una mejor comprensión se esquematizarán en la siguiente figura:

Figura Nº 12: Elementos Inmateriales del Establecimiento de Comercio



Todos estos bienes, ya sean corporales o incorporales, se encuentran reunidos en función del empresario, para la explotación del establecimiento. La unión de todos estos bienes, posibilita la conservación de la clientela. En consecuencia, sin los elementos mencionados anteriormente desaparece la clientela y consecuencialmente el establecimiento de comercio.

Realice ejercicios nº 6 al 16

CLASE 07

5. SOCIEDADES

Las sociedades nacen a la vida del derecho como un medio para facilitar la vida de las personas, principalmente en el desarrollo de la actividad económica. De tal modo, y para una mejor comprensión de las mismas se desarrollará la noción y evolución de la sociedad; su naturaleza; la personalidad jurídica que reviste y por último las clases en las que se divide.

En lo que respecta a la evolución económica y social se fue estableciendo la necesidad de adaptar las sociedades a nuevos requerimientos, de esa manera la sociedad que comienza siendo una institución familiar, se transforma en sociedad sin responsabilidad subsidiaria de sus miembros o en la típica sociedad de capital.

En general, se habla de sociedad, cuando un grupo de personas se une para desarrollar una actividad cualquiera de la cual todos obtendrán algún provecho y deberán, en contrapartida, soportar los riesgos. Sin embargo, no toda agrupación voluntaria de personas reunidas tras un objetivo común puede ser calificado como sociedad, toda vez que, para que esta exista, es necesario que los asociados persigan una finalidad económica con la idea de lucrar; en caso contrario se estaría en presencia de una simple asociación.

De esta manera se pueden encontrar distintas definiciones que intentan precisar el concepto de sociedad, es así como la Real Academia Española conceptualiza a la sociedad como:

> Una agrupación natural o pactada de personas que constituyen una unidad distinta de cada uno de los individuos, con el fin de cumplir mediante la mutua cooperación todos o algunos de los fines de la vida.

Para el derecho civil y comercial la sociedad se define de la siguiente manera:

Un contrato, mediante el cual dos o más personas aportan bienes para lucrar con el conjunto y dividir las utilidades obtenidas. Se trata de un contrato peculiar que da origen a un nuevo sujeto de derecho, que no se confunde con cada uno de los socios y con el titular del patrimonio constituido con los bienes aportados por estos.

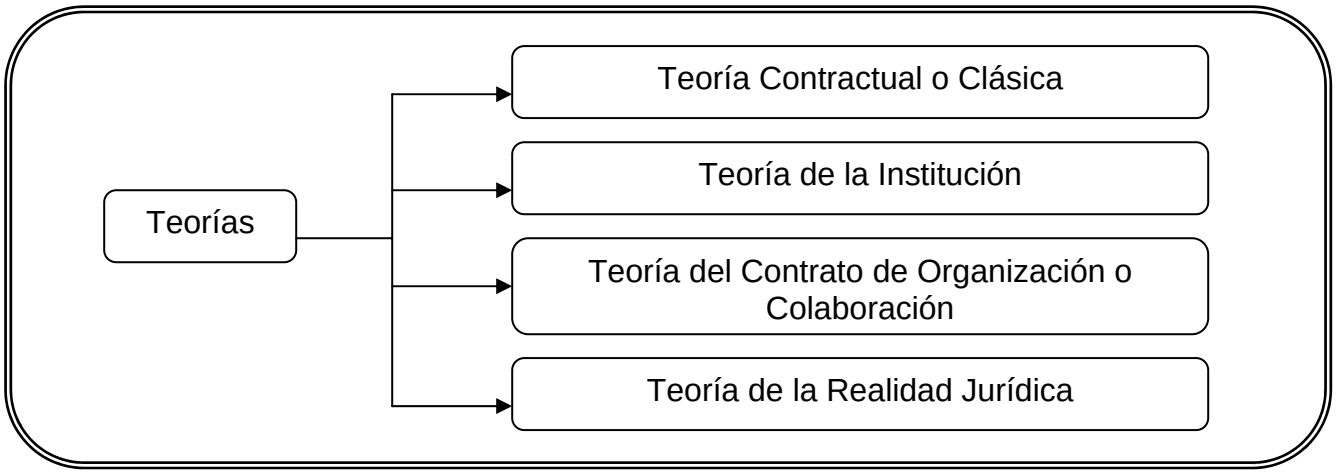
En consecuencia definiciones hay muchas, pero de todas ellas, la que no puede estar ausente, es la establecida en el artículo 2053 del Código Civil, señalando que sociedad o compañía es:

Un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados

5.1. Naturaleza Jurídica de la Sociedad

Distintas son las teorías que intentan dar explicación a la naturaleza jurídica de la sociedad, las de mayor relevancia son:

Figura Nº 13: Teorías que Explican la Naturaleza Jurídica de la Sociedad



Ahora se explicarán cada una de las teorías que sirven para determinar la naturaleza jurídica de la sociedad, estas son:

a) Teoría Contractual o Clásica. Para esta teoría la sociedad es uno o más de los varios contratos del derecho privado (derecho civil). La sociedad reconoce su origen en un acuerdo de voluntades entre los socios. Se trata de un contrato bilateral generador de

derechos y obligaciones con algunas modalidades. Esta tesis prevaleció hasta fines del siglo XIX, siendo recogida por la tradición francesa y en consecuencia por el Código Civil y el Código de Comercio Chileno.

La principal crítica que se efectúa a esta teoría es que si bien para los socios la sociedad puede considerarse un contrato, ello no explica los efectos que origina la sociedad con respecto a terceros y de los accionistas y socios que ingresan a la sociedad con posterioridad al contrato de constitución[11].

b) Teoría de la Institución. Esta tesis, sin perjuicio de reconocer el origen contractual de la sociedad, afirma que en el contrato nace la sociedad como una institución, es decir, como un grupo social intermedio entre el individuo y el Estado, al igual que otros grupos como la familia, la iglesia, la universidad, entre otros. De esta manera constituye un sujeto de derecho con intereses distintos de los socios y que se caracteriza por su duración en el medio social y por poseer una misión propia y permanente que realizar.

c) Teoría del Contrato de Organización o Colaboración. Esta tesis es del autor Julio Ascareli, neoliberalista, quien sostiene que la sociedad es un contrato pluripersonal, donde cada socio no se encuentra frente a otro socio, sino frente a todos los demás. En él, varias personas adquieren derechos y obligaciones de la misma naturaleza; y como es pluripersonal, las partes que lo celebran actúan impulsados por un interés común y no individual. La sociedad, además de tener naturaleza pluripersonal, es un contrato de organización o colaboración que crea una persona jurídica, el que contiene las normas que regularán su funcionamiento posterior.

d) Teoría de la Realidad Jurídica. Esta tesis propone que la sociedad es una realidad jurídica y no una ficción de la ley, ya que ello estaría reñido con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la personalidad, como es el caso del domicilio, el nombre, entre otros. La sociedad sería una realidad jurídica que la ley reconoce como un medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. Se critica esta postura porque no explica propiamente la naturaleza de la sociedad, sino que señala el fundamento del reconocimiento de su personalidad jurídica.

5.2. Personalidad Jurídica de la Sociedad

Con el objeto de dar forma jurídica a ciertas organizaciones que tratan de separar el patrimonio social del personal de los individuos, resulta necesario dotarlos de la denominada personalidad jurídica. Para ello, es necesario reconocer el carácter de sujetos de derecho de estas organizaciones. Así, la sociedad no es la suma de los socios, sino que está por encima de ellos, superando su personalidad física. Este reconocimiento implica la posibilidad de que el ente, sociedad pueda actuar con individualidad en las relaciones derivadas del tráfico,

[11] Esto es cuando se origina la sociedad.

sobre todo mercantil. En el fondo la personalidad jurídica es un medio creado por el derecho para facilitar la actuación organizada de un conjunto de personas físicas.

Las personas jurídicas comienzan su existencia desde el día en que son autorizadas a funcionar como tales, por el órgano estatal pertinente, con la aprobación de sus estatutos y/o por el cumplimiento de los requisitos para su formación establecidos en la ley. Una vez autorizados y cumplidos los requisitos, la persona jurídica puede ser titular de derechos, obligaciones y responsabilidades. Tienen una capacidad limitada por su objeto o fin social y actúan por medio de sus representantes.

La ley chilena atribuye personalidad jurídica a todas las sociedades, conforme al inciso segundo del artículo 2053 del Código Civil. Esta atribución de personalidad jurídica produce las siguientes consecuencias:

a) Implica el reconocimiento de la calidad de sujetos de derechos, obligaciones y responsabilidades.

b) Reconocimiento de un patrimonio propio diferente del patrimonio de los socios, esto tiene importancia, ya que se limita a los acreedores personales de los socios.

c) Tienen derecho a un nombre que identifique y distinga su personalidad.

d) Tienen domicilio propio distinto de los de sus miembros, representantes o administradores.

e) Son responsables ante la ley en forma diferenciada de sus administradores, representantes y miembros.

5.3. Clasificación de la Sociedad

Las sociedades se encuentran reguladas en el libro IV del Código Civil, artículo 2053 a 2115, normas generales de este contrato. El Código de Comercio en cuanto a normas generales se remite al Código Civil, en consecuencia, la regla general de las sociedades civiles o comerciales es que son de naturaleza civil, por lo tanto las normas civiles relativas a sociedades colectivas civiles y sociedades en comanditas civiles son aplicables supletoriamente en materia comercial. Las sociedades comerciales colectivas y en comandita se encuentran reguladas por el Código de Comercio en los artículos 348 y siguientes.

A continuación, se estudiarán cada una de las clasificaciones que puede asumir una sociedad comercial, a saber:

a) Universales y Singulares. Las primeras comprenden todos los bienes presentes o futuros, y todas las ganancias o pérdidas provenientes de la actividad de los socios. Las

segundas comprenden bienes determinados aportados por los socios, o bien el aporte de su trabajo o industria.

El Código Civil, en su artículo 2056, prohíbe las sociedades universales, salvo las sociedades de ganancia entre cónyuges. En consecuencia, las sociedades convencionales son singulares.

b) Civiles y Comerciales. El artículo 2059 del Código Civil señala que son sociedades comerciales las que se constituyen para realizar actos de comercio, las demás son civiles. Conforme al artículo 2060 del mismo cuerpo legal, se puede estipular que la sociedad, aunque no sea comercial por su naturaleza, se sujeta a las reglas de la sociedad comercial.

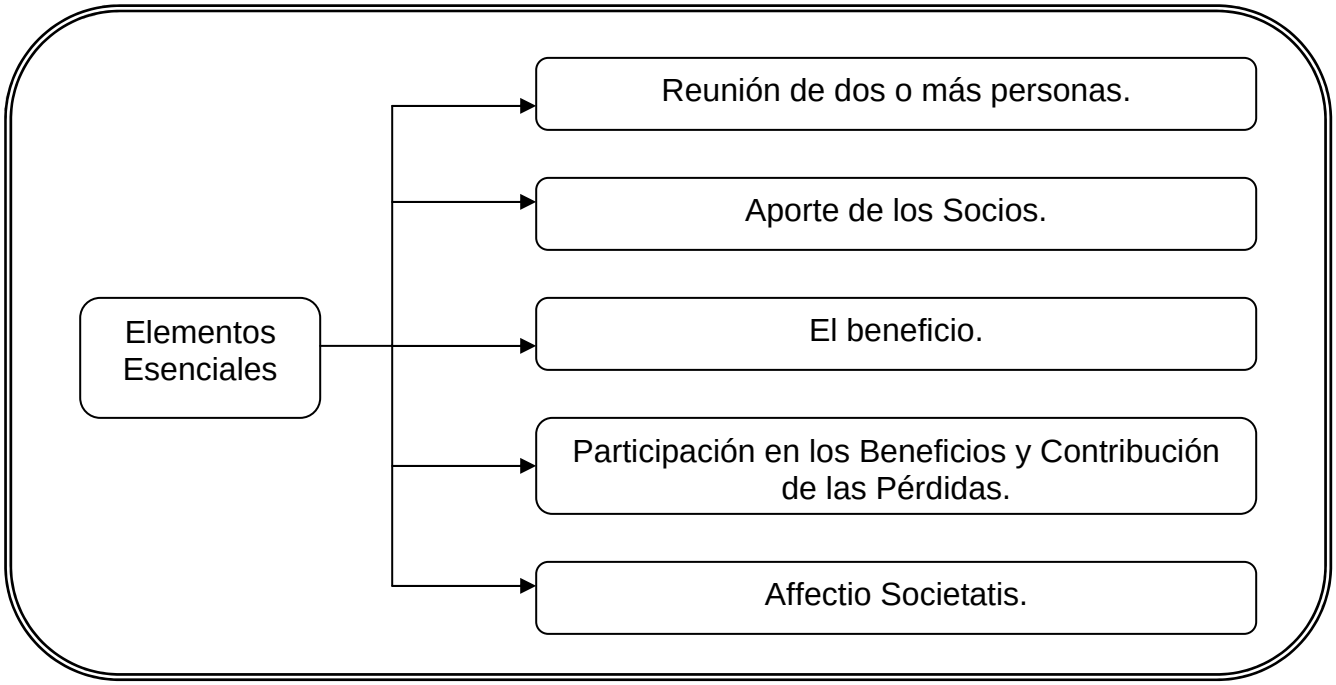
c) De personas y de Capital. Las primeras son aquellas en que la persona de los socios constituye una condición determinante para la celebración o constitución y subsistencia de la sociedad. Así, el cambio de los socios, la muerte, interdicción o quiebra de estos puede ser causal de disolución social. En las sociedades de capital el elemento de la persona de los socios no tiene mayor relevancia, toda vez que es la reunión del capital lo verdaderamente importante, con lo cual los derechos sociales son libremente cedibles.

d) Consensuales y Solemnes. Las primeras son aquellas que se forman por el mero acuerdo de las voluntades de las partes, reuniendo los requisitos del artículo 2053 del Código Civil. Las segundas son aquellas que además de la voluntad de las partes, requieren formalidades especiales para entenderse legalmente constituidas.

5.4. Elementos Esenciales de la Sociedad

Las sociedades comprenden distintos elementos, los cuales son indispensables para su funcionamiento. Los elementos más relevantes que se explicarán son los siguientes:

Figura Nº 14: Elementos Esenciales de la Sociedad



A continuación se desarrollarán cada uno de los elementos esenciales de la sociedad que servirán para comprender el funcionamiento de esta institución.

a) Reunión de dos o más Personas. Este elemento propone un acuerdo de voluntades entre dos o más personas. Pueden ser socios de una sociedad tanto las personas naturales como jurídicas. Se descarta del derecho nacional la posibilidad de admitir la sociedad unipersonal o de un solo socio, sin embargo cabe señalar la nueva figura incorporada en el año 2007 denominada sociedad por acciones, que permite precisamente establecer una sociedad unipersonal, lo que implica una real innovación en el derecho de sociedades chileno.

b) Aporte de los Socios. La sociedad presupone la obligación de cada miembro de poner alguna cosa en común, ya sea en dinero, bienes, industrias o trabajo apreciable en dinero. En otras palabras, no hay sociedad sin patrimonio, esto es, sin un capital y fondo común el que se forma mediante el aporte de cada uno de los socios.

El aporte de los socios, debe reunir dos requisitos: debe ser a título singular y debe ser apreciable en dinero.

El fondo común es un elemento esencial de la comunidad y constituye una propiedad de la misma, afectando a las obligaciones contraídas con independencia del patrimonio individual de cada uno de los socios. El fondo común llamado también Capital Social,

posibilita la obtención del objeto de la sociedad. Este fondo responde de las obligaciones que la sociedad contrae con terceros, así si falta este elemento no hay sociedad.

c) El Beneficio. Las partes se reúnen en este acuerdo de voluntades que es la sociedad, con la intención común de obtener beneficios. Esta es la causa del contrato de sociedad, la intención o motivo que induce a su celebración, es decir, el fin perseguido por los socios, la razón que justifica la disposición o limitar su accionar individual y obligarse ha efectuar un aporte y unir sus esfuerzos con los demás asociados. Se entiende por beneficio aquel apreciable en dinero y el puramente moral.

d) Participación en los Beneficios y Contribución de las Pérdidas. Los beneficios que provengan de la sociedad se reparten entre los socios, conforme al artículo 2055 del Código Civil. No hay sociedad sin participación de beneficios, esto trae como consecuencia lógica la contribución en las pérdidas si la sociedad no obtiene beneficios. Así, conforme al artículo 2066 del Código Civil los contratantes pueden fijar las reglas para la división de ganancias y pérdidas. A falta de estipulación expresa, por regla general, se entiende que la división de los beneficios y la contribución a las pérdidas debe ser a prorrata (en partes iguales en proporción a lo aportado) de los valores que cada socio a puesto en el capital social, es decir, proporcional al aporte.

La empresa lleva implícito el riesgo, es decir, la posibilidad futura de acaecimiento de pérdida. A través del mecanismo técnico llamado sociedad, se limita el riesgo propio de la empresa comercial. La ausencia de riesgo para un socio excluye la calidad de socio, de modo que si una sociedad o un miembro se le garantizan sólo beneficios, sin que participe de las pérdidas, no existe sociedad a su respecto, así lo sostiene el artículo 2086 del Código Civil.

e) Affectio Societatis. Se denomina así a la intención de formar sociedad, a la intención de colaborar entre los asociados.

En el derecho romano la sociedad creaba una especie de hermandad entre todos los socios (ius fraternitatis), lo que significaba que debían conducirse en sus relaciones reciprocas como hermanos. La sociedad era un contrato esencialmente de buena fe entre las partes.

Este elemento está presente en las sociedades de personas, pero no en las grandes sociedades de capital que hacen oferta pública de sus acciones, convirtiendo al adquirente en socio, sin que este tenga otro interés que la obtención de una utilidad con la acción adquirida. Este elemento de la sociedad no es un elemento objetivo, pero se encuentra implícito en las sociedades personales donde el vínculo societario es consecuencia del parentesco o de la amistad.

Para Antonio Brunetti, la affectio Societatis se conceptualiza de la siguiente manera, a saber:

La exteriorización de la voluntad de colaboración interesada, por lo que no constituye un requisito del contrato de sociedad, sino un elemento de su causa al referirse al propósito de los contratantes de repartirse los lucros obtenidos en el ejercicio de la actividad mancomunada.

CLASE 08

6. SOCIEDAD COLECTIVA

La sociedad colectiva es una de las más antiguas, junto con la sociedad en comandita, ya que su reglamentación, además de las normas establecidas en el Código de Comercio, se encuentra en el Código Civil. A continuación, se analizarán los puntos más importantes de este tipo de sociedades.

- Concepto y Regulación de la Sociedad Colectiva

La Sociedad Colectiva se encuentra regulada en el artículo 349 y siguientes del Código de Comercio y supletoriamente por las normas de la Sociedad Colectiva Civil, la cual se encuentra reglamentada en el Código Civil.

Este tipo de sociedades ha sido definida por el Código Civil en su artículo 2061 como: "aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo".

Por su parte, el Código de Comercio no la define, razón por la cual la doctrina la ha definido de la siguiente manera:

Las sociedades colectivas son sociedades que se constituyen en base a la confianza recíproca entre los asociados, en la cual todos administran y tienen, en principio, el uso de la razón social y responden con todos sus bienes de las deudas de la sociedad.

Para Álvaro Puelma, la sociedad colectiva se conceptualiza como:

Una sociedad de personas, con personalidad jurídica, en que los socios tienen libertad de establecer su sistema de administración y en que responden cada uno de ellos del pago de las obligaciones sociales.

- Capacidad Para Ser Socio Colectivo

Puede celebrar el contrato de sociedad toda persona que tenga capacidad para obligarse. El artículo 349 del Código de Comercio señala que "el menor adulto y la mujer casada que no esté totalmente separada de bienes necesitan autorización especial para celebrar una sociedad colectiva".

La autorización del menor adulto será conferida por la justicia ordinaria y la de la mujer casada por su marido. Sin embargo, si la mujer casada en sociedad conyugal ejerce una profesión o industria distinta de la de su marido, no requerirá autorización alguna para ser socia, por lo tanto podrá actuar libremente y ejercer sus derechos en la sociedad en lo relativo a su patrimonio reservado.

Cabe señalar que la mujer casada bajo el régimen patrimonial separación de bienes o participación en los gananciales, puede celebrar contratos con la sociedad, ser socia, ejercer por si los derechos de la sociedad, entre otros, sin la necesidad de poseer una autorización judicial para ello.

- Formalidades de la Constitución de la Sociedad Colectiva

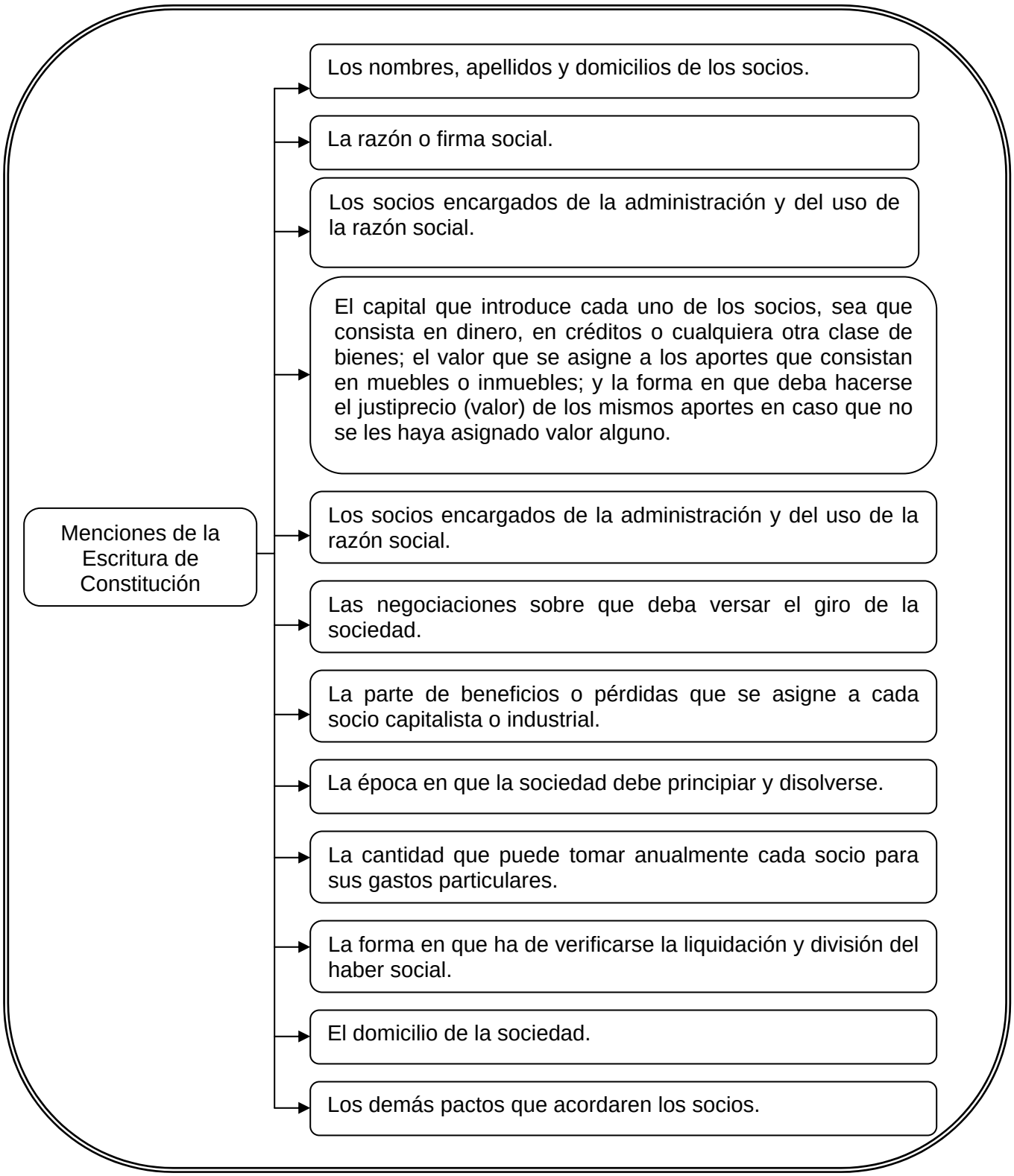
La sociedad colectiva se forma y prueba por escritura pública inscrita en los términos del artículo 354 del Código de Comercio, es decir, un extracto de la escritura social que deberá inscribirse en el Registro de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad.

El extracto contendrá las indicaciones expresadas en los números 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 352 del Código de Comercio, la fecha de las respectivas escrituras y la indicación del nombre y domicilio del notario público que las hubiera otorgado.

En consecuencia la inscripción deberá hacerse antes de expirar los sesenta días siguientes a la fecha de la escritura social.

Toda escritura de constitución de la sociedad deberá expresar las siguientes menciones, a saber:

Figura Nº 15: Menciones de la Escritura de Constitución de la Sociedad Colectiva



Otra mención de la escritura de constitución de la sociedad que puede introducirse, es la referida a las diferencias que puedan aparecer durante la sociedad entre los socios, las cuales deberán ser o no sometidas a la resolución de arbitradores.

Cumplidas las formalidades legales, el acto se reputa (o se encuentra) perfecto, según lo dispuesto en el artículo 353 del Código de Comercio. Además de la constitución, requieren igual solemnidad, toda reforma, ampliación o modificación del contrato.

- Incumplimiento de las Formalidades

La omisión de la escritura pública de constitución o de modificación o de su inscripción oportuna en el registro de comercio, produce nulidad absoluta entre los socios. El cumplimiento oportuno de la inscripción producirá efectos retroactivos[12] a la fecha de la escritura.

La sociedad que no conste de escritura pública, o de instrumento reducido a escritura pública o de instrumento protocolizado, es nula de pleno derecho y no podrá ser saneada (subsanarse). Las ganancias y pérdidas se repartirán y en cuanto a la restitución de los aportes se efectuará entre los comuneros con arreglo a lo pactado y, en subsidio, de conformidad a lo establecido para la sociedad.

En relación a los miembros de la comunidad responderán solidariamente[13] a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de ésta; y no podrán defenderse frente a los terceros mostrando la falta de los instrumentos. Los terceros podrán acreditar la existencia de hecho por cualquiera de los medios probatorios que reconoce el Código y la prueba será apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

La sociedad que adolezca de nulidad por incumplimiento de lo prescrito en el artículo 350 del Código de Comercio no gozará de personalidad jurídica y será liquidada como una sociedad si tiene escritura pública o de instrumento reducido a escritura pública o protocolizado. Todo ello, sin perjuicio del saneamiento del vicio en conformidad a la ley.

La escritura de modificación cuyo extracto no ha sido oportunamente inscrito en el Registro de Comercio no producirá efectos ni frente a los socios ni frente a terceros, salvo el caso de saneamiento en conformidad a la ley y con las restricciones que ésta impone. Dicha privación de efectos operará de pleno derecho, sin perjuicio de la acción por enriquecimiento sin causa que proceda.

[12] Es decir, desde la celebración del contrato de sociedad.

[13] Cualquiera de los socios responde frente a terceros.

La modificación oportunamente inscrita en el Registro de Comercio, pero que adolezca de vicios formales, produce efectos frente a los socios y terceros, mientras no haya sido declarada su nulidad. La declaración a que se refiere lo señalado anteriormente no produce efecto retroactivo y sólo regirá para las situaciones que ocurran a partir del momento en que esté ejecutoriada la sentencia que la contenga.

- Razón Social de la Sociedad Colectiva

El artículo 365 del Código de Comercio señala que la razón social "es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios o de algunos de ellos, con la agregación de las palabras: y compañía".

Ahora, la razón social no es un bien patrimonial, por lo que no puede transferirse ni transmitirse con el establecimiento social o fabril. La razón social es distinta del nombre comercial de un establecimiento.

Cabe señalar que sólo los nombres de los socios colectivos pueden entrar en la composición de la razón social. El nombre del socio que ha muerto o se ha separado de la sociedad, será suprimido de la firma social.

El uso que se haga de la razón social después de disuelta la sociedad, constituye un delito de falsedad y la inclusión en aquélla del nombre de una persona extraña, es una estafa. La falsedad y la estafa serán castigadas con arreglo al Código Penal. El que tolera la inserción de su nombre en la razón de comercio de una sociedad extraña, queda responsable a favor de las personas que hubieren contratado con ella.

Así, los socios colectivos indicados en la escritura social son responsables solidariamente de todas las obligaciones legales contraídas bajo la razón social. En ningún caso podrán los socios eliminar por acuerdo la solidaridad en las sociedades colectivas.

Sólo podrán usar de la razón social el socio o socios a quienes se haya conferido tal facultad por la escritura respectiva. En defecto de una delegación expresa, todos los socios podrán usar de la firma social. El uso de la razón social puede ser conferido a una persona extraña a la sociedad. El delegatario deberá indicar en los documentos públicos o privados que firma por poder; so pena (bajo pena) de pagar los efectos de comercio que hubiere puesto en circulación.

Finalmente si un socio no autorizado usa la firma social, la sociedad no será responsable del cumplimiento de las obligaciones que aquél hubiere suscrito, salvo si la obligación se hubiere convertido en provecho de la sociedad. La responsabilidad, en este caso, se limitará a la cantidad concurrente con el beneficio que hubiere reportado la sociedad. La sociedad no es responsable de los documentos suscritos con la razón social,

cuando las obligaciones que los hubieren causado no le conciernan y el tercero los aceptare con conocimiento de esta circunstancia.

- Capital Social de la Sociedad Colectiva

El artículo 375 del Código de Comercio señala que el fondo social se compone de los aportes que cada uno de los socios entrega o promete entregar a la sociedad.

Pueden ser objeto de aporte el dinero, los créditos, los muebles e inmuebles, los privilegios de invención, el trabajo manual, la mera industria y en general, toda cosa comerciable capaz de prestar alguna utilidad. En lo que respecta a los oficios públicos de corredor, agente de cambio y cualquier otro que sea servido en virtud de nombramiento del Presidente de la República, no pueden ser materia de un aporte.

De la misma forma, los socios deberán entregar sus aportes en la época y forma estipuladas en el contrato. A falta de estipulación, la entrega se hará en el domicilio social luego que la escritura de sociedad esté firmada. El retardo en la entrega del aporte, sea cual fuere la causa que lo produzca, autoriza a los asociados para excluir de la sociedad al socio moroso o proceder ejecutivamente contra su persona y bienes para compelerle al cumplimiento de su obligación. En uno y otro caso el socio moroso responderá de los daños y perjuicios que la tardanza ocasionare a la sociedad.

Los acreedores personales de un socio no podrán embargar durante la sociedad el aporte que éste haya introducido; pero les será permitido solicitar la retención de la parte de interés que en ella tenga para percibirla al tiempo de la división social. Tampoco podrán concurrir en la quiebra de la sociedad con los acreedores sociales; pero tendrán derecho para perseguir la parte que corresponda a su deuda en el residuo de la masa concursada (lo que resulte de la quiebra).

Cabe señalar que los socios no pueden exigir la restitución de sus aportes antes de concluirse la liquidación de la sociedad, a menos que alguno de los socios haya aportado una cosa solamente en usufructo.

En relación a la participación de los beneficios y a la contribución de las pérdidas el Código de Comercio señala que:

a) Los socios capitalistas dividirán entre sí las ganancias y las pérdidas en la forma que se hayan estipulado. A falta de estipulación, las dividirán a prorrata de sus respectivos aportes.

b) En cuanto a las ganancias y pérdidas correspondientes al socio industrial, se estará a lo que se hayan estipulado en el contrato; y no habiendo estipulación, el socio industrial

llevará en las ganancias una cuota igual a la que corresponda al aporte más pequeño, sin soportar parte alguna en las pérdidas.

Finalmente es preciso señalar que los socios colectivos responden en forma personal, limitada y solidaria por el capital social de la sociedad colectiva.

CLASE 09

- Administración de la Sociedad Colectiva

La regla general, en cuanto a la administración de la sociedad colectiva, lo señala el artículo 384 del Código de Comercio, el cual dispone que: "el régimen de la sociedad colectiva se ajustará a los pactos que contengan la escritura social". Sin embargo, supletoriamente "la administración corresponde de derecho a todos y cada uno de los socios y éstos pueden desempeñarla por sí mismos o por sus delegados, sean socios o extraños".

Cuando el contrato social no designa la persona del administrador, se entiende que los socios se confieren recíprocamente la facultad de administrar y la de obligar solidariamente la responsabilidad de todos sin su noticia y consentimiento.

Según lo que establece la norma legal, cada uno de los socios puede realizar válidamente todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad o que sean necesarios o conducentes a la consecución de los fines que ésta se hubiere propuesto. Cada uno de los socios tiene derecho de oponerse a la consumación de los actos y contratos proyectados por otro, a no ser que se refieran a la mera conservación de las cosas comunes.

En caso de oposición de alguno de los socios se suspende provisoriamente la ejecución del acto o contrato proyectado hasta que la mayoría numérica de los socios califique su conveniencia o inconveniencia. El acuerdo de la mayoría sólo obliga a la minoría cuando recae sobre actos de simple administración o sobre disposiciones comprendidas en el círculo de las operaciones designadas en el contrato social.

Así pues si a pesar de la oposición, existe el acto o contrato con terceros de buena fe, los socios quedarán obligados solidariamente a cumplirlo, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizados por el socio que lo hubiere ejecutado.

Para el caso de que se delegue la facultad de administrar en uno o más de los socios, los demás no podrán interferir en la administración social. La facultad de administrar trae como consecuencia el derecho de usar de la firma social. El delegado tendrá únicamente las facultades que designe su título; y cualquier exceso que cometa en el ejercicio de ellas, lo hará responsable a la sociedad, de todos los daños y perjuicios que le sobrevengan.

En lo que respecta a los administradores delegados, éstos representan a la sociedad frente a los tribunales de justicia (judicialmente) y extrajudicialmente como es el caso de la celebración de un contrato; sin embargo si no estuvieren investidos de un poder especial, no podrán vender ni hipotecar los bienes inmuebles por su naturaleza o su destino, ni alterar su forma, ni transigir ni comprometer los negocios sociales de cualquier naturaleza que fueren. Las alteraciones en la forma de los inmuebles sociales que el administrador haga a vista de los socios, se entenderán autorizadas y aprobadas por éstos para todos los efectos legales.

Los administradores tienen la representación legal de la sociedad en un juicio, sea que ella participe como demandante o como demandada.

Si se han nombrado dos administradores que trabajan conjuntamente, la oposición de uno de ellos impedirá la consumación de los actos o contratos proyectados por el otro. Si los administradores conjuntos fueren tres o más, deberán obrar de acuerdo con el voto de la mayoría y no realizar actos y contratos que no lo hayan obtenido. Si igualmente se celebró en oposición, éste surtirá todos sus efectos respecto de terceros de buena fe; y el administrador que lo haya celebrado responderá a la sociedad de los perjuicios ocasionados.

Para el caso que el administrador haya sido nombrado por una cláusula especial de la escritura social puede ejecutar, a pesar de la oposición de sus consocios excluidos de la administración, todos los actos y contratos a que se extienda su mandato, con tal que lo verifique sin fraude. Pero si sus gestiones producen perjuicios manifiestos a la masa común, la mayoría de los socios podrán nombrarle un coadministrador o solicitar la disolución de la sociedad.

La facultad de administrar no se transmite a los herederos del gestor (administrador), aun cuando se haya estipulado que la sociedad haya de continuar entre los socios sobrevivientes y los herederos del difunto.

Por último, los administradores están obligados a llevar los libros que debe tener todo comerciante conforme a las prescripciones del Código de Comercio y a exhibirlos a cualquier socio que los requiera.

- Prohibiciones a las Cuales están Sujetos los Socios

Las prohibiciones están establecidas entre los artículos 404 y 406 del Código de Comercio. Por lo antes expuesto se prohíbe a los socios en particular a:

a) Extraer del Fondo Común Mayor Cantidad que la Asignada para sus Gastos Particulares. La mera extracción autoriza a los consocios de que la hayan verificado para obligar a éste, al reintegro o para extraer una cantidad proporcional al interés que cada uno de ellos tenga en la masa social.

b) Aplicar los Fondos Comunes a sus Negocios Particulares y Usar en éstos de la Firma Social. El socio que ha violado esta prohibición llevará a la masa común las ganancias, y cargará él solo con las pérdidas del negocio, sin perjuicio de restituirlos a la sociedad e indemnizar los daños que ésta hubiere sufrido.

c) Ceder a Cualquier Título su Interés en la Sociedad y hacerse sustituir en el desempeño de las funciones que le correspondan en la administración.

d) Explotar por Cuenta Propia el Ramo de Industria en que Opere la Sociedad y hacer sin consentimiento de todos los consocios operaciones particulares de cualquiera especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio.

e) Los Socios No Podrán Negar la Autorización que Solicite alguno de ellos para Realizar una Operación Mercantil, sin acreditar que las operaciones proyectadas les preparan un perjuicio cierto y manifiesto.

f) El Socio Industrial No Podrá Emprender Negociación alguna que le Distraiga de sus Atenciones Sociales bajo pena de perder las ganancias que hubiere adquirido hasta el momento de malversación o violación.

- Disolución y Liquidación de la Sociedad Colectiva

La sociedad colectiva se disuelve por los modos que determine el Código Civil. Así el artículo 2098 y siguientes del cuerpo legal ya citado, establece las causales de disolución, las cuales se señalan en la siguiente figura:

Figura Nº 16: Causales de Disolución de la Sociedad Colectiva

Causales de Disolución de la Sociedad Colectiva →

- Expiración del plazo o por el evento de la condición que se ha prefijado para que tenga fin. Salvo consentimiento unánime de los socios.
- Finalización del negocio para que fue contraída. Prevalece el advenimiento del plazo, salvo prorroga antes del vencimiento.
- Insolvencia de la sociedad. La insolvencia es una situación de hecho consistente en la imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones.
- Extinción de la cosa o cosas que forman su objeto total, en este caso hay pérdida total. Extinción parcial, la sociedad continua, salvo el derecho de los socios para exigir su disolución.
- Incumplimiento de la obligación de aportar.
- La pérdida de la cosa aportada en usufructo, salvo acuerdo en contrario o que el aportante reponga la cosa.
- La muerte de cualquiera de los socios.
- Incapacidad sobreviniente de un socios, salvo acuerdo en contrario.
- Insolvencia de uno de los socios.
- Consentimiento unánime de los socios.
- Renuncia de uno de los socios. Requiere notificación. No opera en sociedades con plazo fijo o para un negocio de duración limitada, salvo motivo grave.

Para el caso en que la disolución de la sociedad se produzca antes de vencer el plazo, ésta debe reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Comercio.

Disuelta la sociedad, se procederá a la liquidación o división de los objetos que componen su haber. La personalidad jurídica se mantiene hasta que termine la etapa de liquidación, sin perjuicio de la pérdida de facultades de los administradores.

La liquidación "es un procedimiento o un conjunto de actos tendientes a vender el activo de la sociedad y pagar su pasivo, y termina con la distribución del sobrante entre los socios, en caso de haber".

El liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad y, como tal, deberá conformarse con las reglas que determine el título y responder a los socios de los perjuicios que les resulten de sus operaciones dolosas o culpables. Para el caso de que no se encuentren determinadas las facultades del liquidador, no podrá ejecutar otros actos o contratos que los que tiendan directamente al cumplimiento de su encargo. En consecuencia, el liquidador no podrá constituir hipoteca, prendas o anticresis, ni tomar dinero a préstamo, ni comprar mercaderías para revender, ni endosar efectos de comercio, ni celebrar transacciones sobre los derechos sociales, ni sujetarlos a compromiso.

Cabe señalar que, fuera de los deberes que el título imponga al liquidador, estará obligado:

- A formar inventario, al tomar posesión de su cargo, de todas las existencias y deudas de cualquiera naturaleza que sean, de los libros, correspondencia y papeles de la sociedad.
- A continuar y concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución.
- A exigir la cuenta de su administración a los gerentes o cualquier otro que haya manejado intereses de la sociedad.
- A liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros y con cada uno de los socios.
- A cobrar los créditos activos, percibir su importe y otorgar los correspondientes finiquitos.
- A vender las mercaderías y los muebles e inmuebles de la sociedad, aun cuando haya algún menor entre los socios, con tal que no sean destinados por éstos a ser divididos en especie.
- A presentar estados de la liquidación cuando los socios lo exijan.
- A rendir al fin de la liquidación una cuenta general de su administración.

Para el caso de que el liquidador fuera el mismo gerente de la sociedad extinguida, deberá presentar en esa época la cuenta de su gestión. Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del socio gerente o del liquidador se someterán precisamente a compromiso[14].

Si en la escritura social se ha omitido hacer la designación que indica el número 10 del artículo 352 del Código de Comercio, se entenderá que las cuestiones que surjan entre los socios, ya sea durante la sociedad o al tiempo de la disolución, serán sometidas a compromiso.

Los liquidadores nombrados en el contrato social podrán renunciar a ser removidos por las causas y en la forma que señala el artículo 2072 del Código Civil. El que fuera nombrado de otra forma, podrá renunciar a ser removido según las reglas generales del mandato.

CLASE 10

7. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

En la legislación de los países latinos sólo se conocían las sociedades de personas propiamente tales, es decir, colectivas y en comandita y las sociedades de capitales como las anónimas. En el derecho alemán, en cambio, aparecieron las sociedades de personas en la que los socios responden como en las sociedades de capital, es decir, sólo con sus aportes, llamadas Sociedades de Responsabilidad Limitada. En el derecho francés estas sociedades recién se conocieron como consecuencia de la primera guerra mundial.

En Chile, se dicta la ley N° 3918, sobre sociedades de responsabilidad limitada, la cual es distinta de las sociedades anónimas y en comandita, y cuyo estudio se realizará a continuación.

- Conceptualización

La ley sobre sociedades de responsabilidad limitada no define este tipo de sociedades, sin embargo la doctrina ha dado un concepto de ellas.

Para Álvaro Puelma, Sociedad de Responsabilidad Limitada se define como:

[14] Es un convenio entre litigantes por el cual someten su litigio a árbitros o amigables componedores.

Una sociedad solemne de personas, con personalidad jurídica, sin fiscalización especial interna o externa, en que existe libertad para establecer el sistema de administración y representación, no respondiendo por regla general personalmente sus socios frente a terceros por obligaciones sociales, y en la que los derechos de los socios están representados por una cuota.

Ricardo Sandoval, otro autor del derecho comercial, señala que la Sociedad de Responsabilidad Limitada se define de la siguiente manera:

Aquella en que todos los socios administran por sí o por mandatarios elegidos de común acuerdo y en que la responsabilidad de los socios está limitada al monto de sus aportes o a la suma que a más de estos determine en los estatutos sociales.

Por último, para Carlos Gilberto Villegas estas sociedades son:

Sociedades de personales, solemnes, donde los socios limitan su responsabilidad a los aportes realizados y cuya administración y fiscalización interna puede ser libremente pactada por los socios.

La característica esencial de estas sociedades es que no obstante ser de personas limitan la responsabilidad de los socios, cosa que no sucede en los otros tipos de sociedades. Ello, porque tradicionalmente las sociedades de personas tienen responsabilidad ilimitada.

- Normativa Aplicable

La Sociedad de Responsabilidad Limitada, según el artículo 2 de la ley 3918, puede ser civil o comercial y ella se encuentra reglamentada por los siguientes cuerpos legales, a saber:

- Por la ley Nº 3918 sobre sociedades de responsabilidad limitada.

- Los artículos 352 y 354 del Código de Comercio, ello por expresa remisión del artículo 2 y 3 de la ley Nº 3918.

- Por el artículo 2104 del Código Civil, el cual prescribe "los herederos del socio difunto que no hayan de entrar en la sociedad con los sobrevivientes, no podrán reclamar sino lo que

tocare a su autor, según el estado de los negocios sociales al tiempo de saberse la muerte; y no participarán de los emolumentos o pérdidas posteriores sino en cuanto fueren consecuencia de las operaciones que al tiempo de saberse la muerte estaban ya iniciadas. Si la sociedad ha de continuar con los herederos del difunto, tendrán derecho para entrar en ella todos, exceptuados solamente aquellos que por su edad o por otra calidad hayan sido expresamente excluidos en la ley o el contrato".

- Por disposiciones del Código de Comercio, relativas a las sociedades colectivas comerciales, y por las disposiciones del Código Civil sobre sociedades colectivas, ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 inciso 2 de la ley 3918 y por el artículo 2 del Código de Comercio.

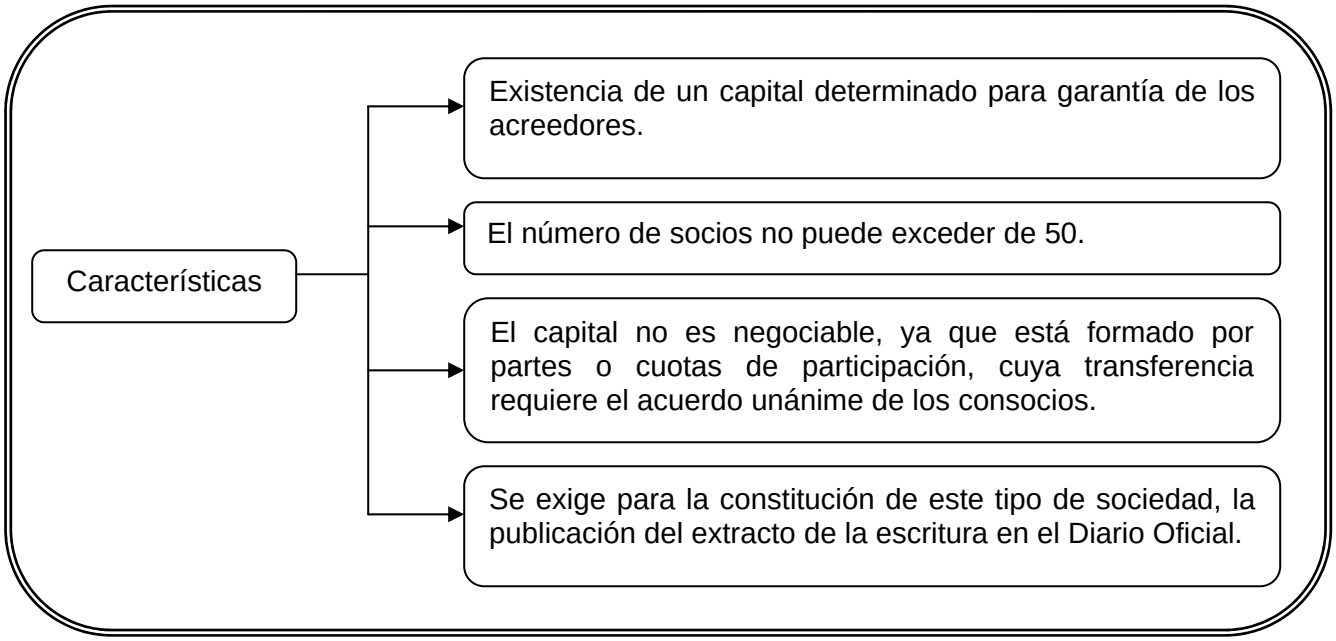
Para cierta parte de la doctrina las normas mencionadas se aplicarán sólo a las sociedades de responsabilidad limitada comerciales o a las mixtas, las cuales también tienen carácter comercial. Sin embargo, a las sociedades con responsabilidad limitada civiles no se les aplicarán las normas de la sociedad colectiva comercial sino la legislación civil relativa a los contratos y obligaciones.

Luís Morán, contrario a esta opinión argumenta que de sostenerse que las normas de sociedades mercantiles no se aplican a las civiles, no habría como suplir aquellas menciones que de acuerdo con el artículo 352 del Código de Comercio son facultativas en la escritura de constitución, toda vez que el Código Civil no contiene norma aplicable al respecto. En su opinión, las circunstancias que la ley haga aplicable los artículos 352 y 354 del Código de Comercio es sólo una reiteración de la pertinencia de aplicar dichas normas a las compañías civiles.

- Características

Una vez analizado el concepto de estas sociedades, corresponde explicar las características que identifican a la sociedad de responsabilidad limitada, éstas son:

Figura Nº 17: Características de la Sociedad Responsabilidad Limitada



Cabe señalar que respecto de la primera característica presentada en la figura anterior, ésta constituye el verdadero sentido de la responsabilidad limitada. La ley Nº 3918, expresa en su artículo 1, que se autoriza el establecimiento de sociedades con responsabilidad limitada de los socios, y en su artículo 2, que la responsabilidad personal de los socios queda limitada a sus aportes o a la suma que a más de éstos se indique, es decir, se está dejando establecido que los socios no responden con su patrimonio, sino con sólo aquello que aportaron. En consecuencia, no responden por las deudas sociales, por cuanto lo aportado pasa a ser del dominio de la sociedad desde el momento del aporte, y es la sociedad quien responde de su capital y de las obligaciones sociales.

- Formalidades de Constitución

En cuanto a las solemnidades o formalidades de constitución, las sociedades de responsabilidad limitada, sean civiles o comerciales, se constituyen conforme al artículo 2 de la ley 3918 por escritura pública, en consecuencia son siempre solemnes.

Por consiguiente un extracto de la escritura social, o de la modificación que deje constancia de los hechos comprendidos en el inciso segundo del artículo 350 del Código de Comercio, en su caso, será registrado en la forma y plazo que determina el artículo 354 del Código de Comercio. Dentro del mismo plazo se publicará el extracto de la sociedad por una sola vez en el Diario Oficial.

El motivo de la exigencia adicional de publicidad en estas sociedades respecto de las sociedades colectivas, tiene su fundamento en la necesidad de exteriorizar o informar a terceros sobre la limitación de responsabilidad de los socios.

Por lo mismo el cumplimiento oportuno de la inscripción y publicación produce efectos retroactivos a la fecha de la escritura y cualquier omisión de las solemnidades se rige por lo dispuesto en el artículo 3 inciso tercero de la ley Nº 3918. En consecuencia, las sociedades de responsabilidad limitada por causa de omisión de escritura, de inscripción, o de publicación, es nula entre los socios y los hace solidariamente responsables de todas las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad. Esta responsabilidad se impone a los socios fundadores y no a aquellos que se incorporan con posterioridad a la constitución.

Respecto al carácter que deben revestir los socios, el artículo 4 inciso final de la ley Nº 3918, hace referencia a la capacidad de la mujer casada y separada parcialmente de bienes, siempre que la separación sea convencional y la que ejerza un empleo, oficio, profesión o industria con arreglo al artículo 150 del Código Civil, no requerirán la autorización especial de que trata el artículo 349 del Código de Comercio para celebrar una sociedad comercial de responsabilidad limitada, con relación al patrimonio que separadamente administren. Este tipo de sociedad puede celebrarse entre cónyuges, siempre que estén casados en régimen de separación total o parcial de bienes o de participación en los gananciales.

En relación a los menores adultos se aplican las normas de las sociedades colectivas, en estas sociedades no existe impedimento para que tengan el carácter de socios otras personas jurídicas. Por último estas sociedades norman el número máximo de socios que se puede contar.

- Responsabilidades

En relación a esta materia la escritura social debe contener las mismas menciones del artículo 352 del Código de Comercio, más la declaración de que la responsabilidad personal de los socios queda limitada a sus aportes o a la suma en que a más de éstos se indique. El legislador no ha expresado con claridad cual es la sanción en el caso en que ésta mención no se incluya en la escritura.

Para algunos autores, como Raúl Varela o Luís Morán Valdivieso, no existiría nulidad sino responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, tal como ocurre con los socios colectivos, por cuanto se trata de la omisión de un requisito de la escritura y no de la omisión de éste. La misma sanción debería imponerse cuando dicha declaración se omita en el extracto y por tanto no conste ni en la publicación ni en la inscripción, pero si en la escritura.

Sergio Baeza Pinto opina que la no inscripción de la cláusula de responsabilidad limitada no produce efecto alguno, ya que no está sancionado con nulidad por ninguna disposición; y como a estas sociedades se les aplica las normas contenidas en los artículos

455 y 456 del Código de Comercio relativos a la responsabilidad de los accionistas en una sociedad anónima, se entiende que igualmente la responsabilidad de los socios aparece restringido al valor de sus aportes y a la entrega de estos, y la falta de declaración que limite la responsabilidad no lo puede transformar en responsables ilimitados y solidarios.

Pese a la derogación del título de las sociedades anónimas en el Código de Comercio (artículo 455 y 456), se ha entendido por la doctrina nacional mayoritaria, representada por Álvaro Puelma y Ricardo Sandoval, que dichos artículos quedaron incorporados a la ley Nº 3918, en virtud del mandato contenido en el artículo 4 inciso segundo del cuerpo legal ya citado, por cuanto dicho precepto no fue derogado. En consecuencia, el socio en estas sociedades es responsable frente a la sociedad de la entrega del valor de su aporte, y no responden frente a terceros por las deudas sociales.

- Capital

Como consecuencia de ser esta una sociedad de personas, su capital no se representa en acciones, sino en cuotas de participación social, siendo necesario el acuerdo de todos los socios para la transferencia de cesión de la participación de la sociedad, así lo señala el artículo 404 número tres. El derecho de cada socio se representa en cuotas o porcentajes del fondo común, siendo necesario, además del acuerdo referido, la reforma de los estatutos para la transferencia. Para formar el capital se pueden aportar a esta sociedad todas las cosas que enumera el artículo 376 del Código de Comercio, es decir, dinero, créditos, muebles e inmuebles, trabajo manual, industria, entre otros.

- Giro u Objeto Social

Estas sociedades pueden dedicarse a desarrollar cualquier objeto lícito sea civil o comercial, con exclusión de los negocios bancarios, así lo señala el artículo 2 inciso segundo de la ley 3918, el que se debe concordar con el artículo 3 del decreto ley Nº 3, actual ley general de bancos, el que dispone que un banco es una sociedad anónima especial.

Por existir una regulación específica, las sociedades de responsabilidad limitada tampoco pueden desarrollar el giro del comercio de seguro, administración de fondos mutuos, operaciones de bolsas, entre otras; las cuales son reguladas por normas especiales que requieren un sujeto específico para su desarrollo.

- Razón Social

En estas sociedades, la razón social puede constituirse de dos formas: la primera con el nombre de uno o más socios. La segunda forma de constituir este tipo de sociedades consiste en una referencia al objeto de la sociedad.

En ambos casos, se debe terminar con la palabra "limitada".

Por lo anterior en caso de la omisión de esta expresión en la razón social, se hace responsable solidariamente a todos los socios de las obligaciones de la sociedad, así lo señala el artículo 4 inciso primero de la ley Nº 3918. En base a la ley 19499, la que establece el régimen de saneamiento de los vicios formales en la constitución o modificación de la sociedad, se puede sustituir la palabra "limitada" por la abreviatura "Ltda.".

En lo que respecta a los nombres de los socios, hay quienes opinan que no basta sólo el apellido de uno de ellos, porque para el caso de apellidos frecuentes no se singulariza adecuadamente a la sociedad.

En cuanto a la administración, la regla general, es que se aplica el pacto social y supletoriamente rigen las normas de la sociedad colectiva.

- Disolución

Se aplican las estipulaciones contractuales y supletoriamente las normas de las sociedades colectivas, teniendo presente sí la remisión que el artículo 4 inciso segundo de la ley Nº 3918 hace al artículo 2104 del Código Civil, lo que implica que estas sociedades no se disuelven por la muerte de un socio, sino que se entiende que la sociedad continúa con los herederos del socio difunto, salvo se estipule lo contrario. En materia de liquidación se aplican las normas de las sociedades colectivas por no existir norma expresa al respecto en la ley Nº 3918 sobre sociedades de responsabilidad limitada.

CLASE 11

8. EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Resultaba necesario introducir en la normativa comercial una figura que otorgue la posibilidad al empresario individual de limitar la responsabilidad en sus actividades empresariales.

Así, la ley Nº 19857 publicada en el Diario Oficial en febrero del año 2003 introdujo esta institución denominada Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.). Se discutió durante bastante tiempo entre los parlamentarios si dicha institución tomaría un carácter de empresa o de sociedad. Finalmente se optó por respetar los elementos básicos de la sociedad, representada por la integración de dos o más personas (pluralidad) para la existencia de ésta. Sin embargo para parte de la doctrina, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada constituye un adelanto de las denominadas sociedades unipersonales.

Ahora, esta figura jurídica presenta dificultades, por cuanto se refiere a empresa cuyo concepto no ha sido definido en el Código de Comercio y mucho menos se le ha reconocido un carácter jurídico (o con personalidad jurídica). En consecuencia, surge un problema por cuanto no existe una figura jurídica que sirva de referencia, para el caso de complementar o interpretar la nueva ley.

- Conceptualización

El artículo 1 de la ley Nº 19857 señala: "Se autoriza a toda persona natural el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, con sujeción a las normas de esta ley". Este artículo es criticado por referirse solamente a la persona natural, ya que no se explica la no incorporación de la denominada persona jurídica. Esta circunstancia se puede explicar teniendo presente que el objetivo del legislador fue introducir este mecanismo a favor de los pequeños y medianos empresarios individuales, los que en forma general son personas naturales.

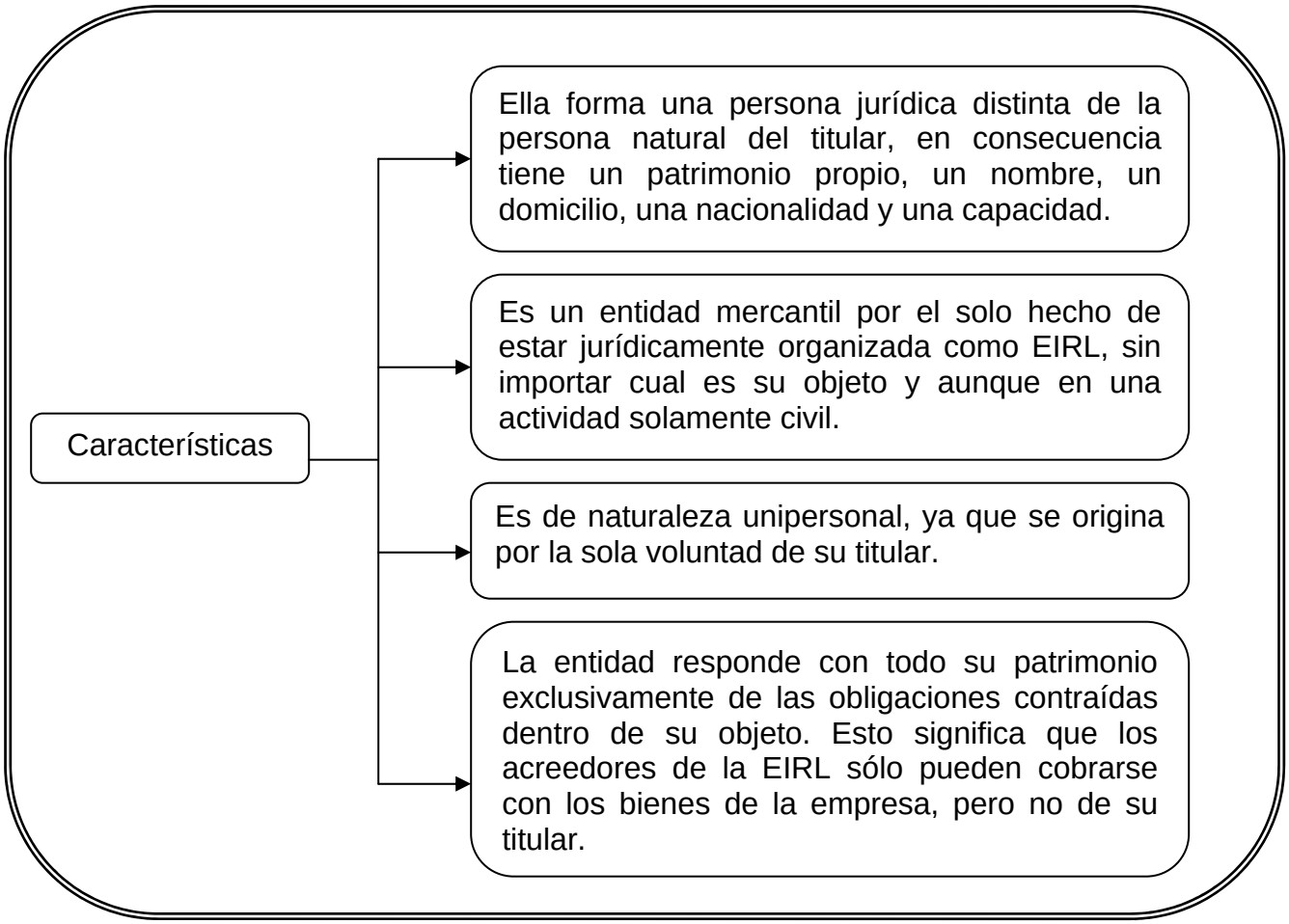
La empresa individual de responsabilidad limitada se puede definir "como una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas" (artículo 2 de la ley Nº 19857). Esta definición es criticada fundamentalmente por dos razones, primero porque en un concepto se debe describir los elementos fundamentales de una determinada figura jurídica que la identifique, cosa que aquí no ocurre. En segundo lugar, es un error establecer que ella estará sometida a las normas del Código de Comercio, porque éste no contiene normas que regulen la empresa en general y mucho menos la individual con responsabilidad limitada.

De esta forma se presenta otro concepto más completo de lo que se debe entender por empresa individual de responsabilidad limitada, en ese sentido Ricardo Sandoval propone la siguiente definición "Es una persona jurídica formada por un fondo proporcionado por una persona natural, que responde sólo por el entero efectivo de los bienes que lo integran, administrada por su titular o la persona que éste designe y conocida por la referencia a las actividades que constituyen su objeto".

- Características

La empresa individual de responsabilidad limitada presenta las características de ser una persona jurídica, una entidad mercantil, de naturaleza unipersonal y entidad que responde con todo su patrimonio exclusivamente de las obligaciones contraídas dentro de su objeto. Las características enunciadas anteriormente se desarrollan en la siguiente figura:

Figura Nº 18: Características de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

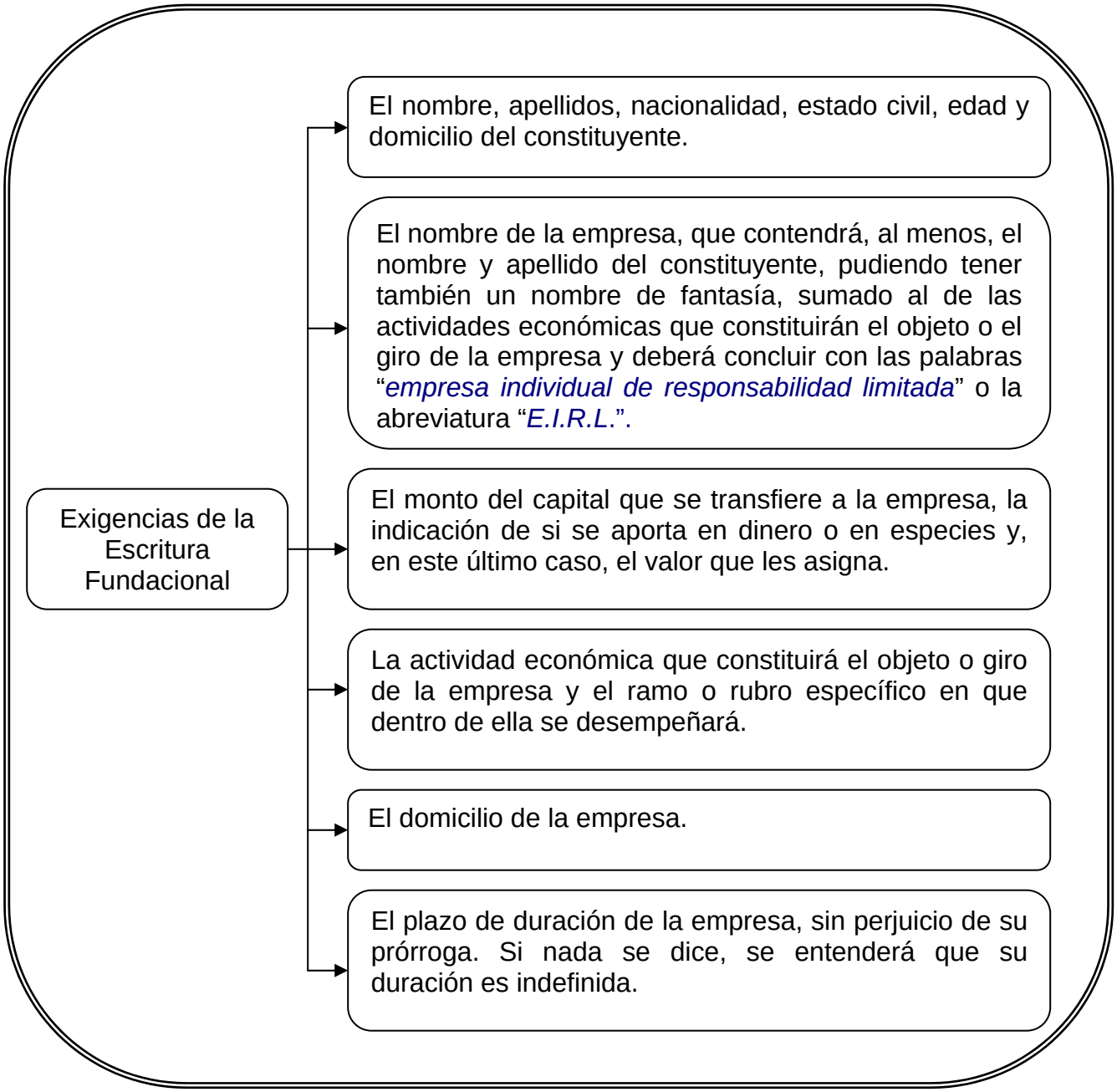


- Formalidades de su Constitución

La empresa individual de responsabilidad limitada reviste un carácter "solemne", debido a que para su constitución requiere el otorgamiento de una escritura pública, la inscripción y publicación de un extracto en el Registro del Comercio y en el Diario Oficial.

En lo que se refiere al contenido de la escritura fundacional para la constitución de una empresa individual de responsabilidad limitada, las exigencias se encuentran señaladas en el artículo 4 de la ley de Nº 19857, las cuales se señalan a continuación.

Figura Nº 19: Contenido de la Escritura Fundacional para la Constitución de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada



Continuando con lo anterior, existen otras formalidades de constitución de la E.I.R.L. las cuales son la inscripción de un extracto de la escritura fundacional en el Registro de Comercio del domicilio de la empresa y su publicación, por una sola vez, en el Diario Oficial, dentro de 60 días siguientes a la fecha de la escritura. En ese mismo sentido el artículo 5 de

la ley en comento señala que "el extracto deberá contener un resumen de las menciones señaladas en el artículo".

En lo que respecta a la omisión de alguna de las solemnidades previstas en los artículos 4, 5 y 6 para la constitución o modificación de la EIRL acarrea la nulidad absoluta del acto. De acuerdo a lo anterior, resulta ser demasiado grave la sanción impuesta por el legislador, en el sentido de que la nulidad procede frente a cualquier tipo de falta, lo que no es necesario porque existen omisiones que son perfectamente subsanables.

Continuando con lo anterior cuando la nulidad absoluta afecta al acto constitutivo de la entidad, el titular responde personal e ilimitadamente de las obligaciones que contraiga en el giro de la empresa.

El inciso final del artículo 7 de la ley Nº 19857 señala "lo anterior, sin perjuicio del saneamiento", ello se refiere a que la sanción de nulidad absoluta puede ser subsanada o saneada.

- Responsabilidad

En lo que respecta a la responsabilidad en estas empresas, el artículo 8 de la ley de EIRL dispone: "La empresa responde exclusivamente por las obligaciones contraídas dentro de su giro, con todos sus bienes. El titular de la empresa responderá con su patrimonio sólo del pago efectivo del aporte que se hubiere comprometido a realizar en conformidad al acto constitutivo y sus modificaciones", este artículo se debe relacionar con lo que señala el artículo 13 del mismo cuerpo legal: "Los acreedores personales del titular no tendrán acción sobre los bienes de la empresa. En caso de liquidación, tales acreedores sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de la empresa", es decir, los acreedores una vez producida la disolución de esta empresa y realizada la liquidación, los acreedores personales del titular sólo pueden intentar acciones (demandas) en lo que se refiere a las utilidades de la EIRL y sobre el remanente.

CLASE 12

9. SOCIEDAD EN COMANDITA

Se trata de una de las primeras sociedades con personalidad jurídica que fueron reconocidas por los usos (costumbres) del comercio.

La doctrina en general, estima que son sociedades de personas, las cuales pueden ser civiles o comerciales, de acuerdo a su objeto, encontrándose regulada por el Código Civil y el Código de Comercio respectivamente.

- Conceptualización

De acuerdo al artículo 2061 del Código Civil, éste señala que las sociedades en comandita "son aquellas en que uno o más de los socios se obligan solamente hasta la concurrencia de sus aportes".

En este sentido, el artículo 470 del Código de Comercio dispone que la sociedad en comandita "es la que se celebra entre una o más personas que prometen llevar a la caja social un determinado aporte y una o más personas que se obligan a administrar exclusivamente la sociedad por sí o por sus delegados y en su nombre particular".

Llámense los primeros socios comanditarios y los segundos socios gestores.

De esta manera, existen dos especies de sociedad en comandita: la simple y por acciones.

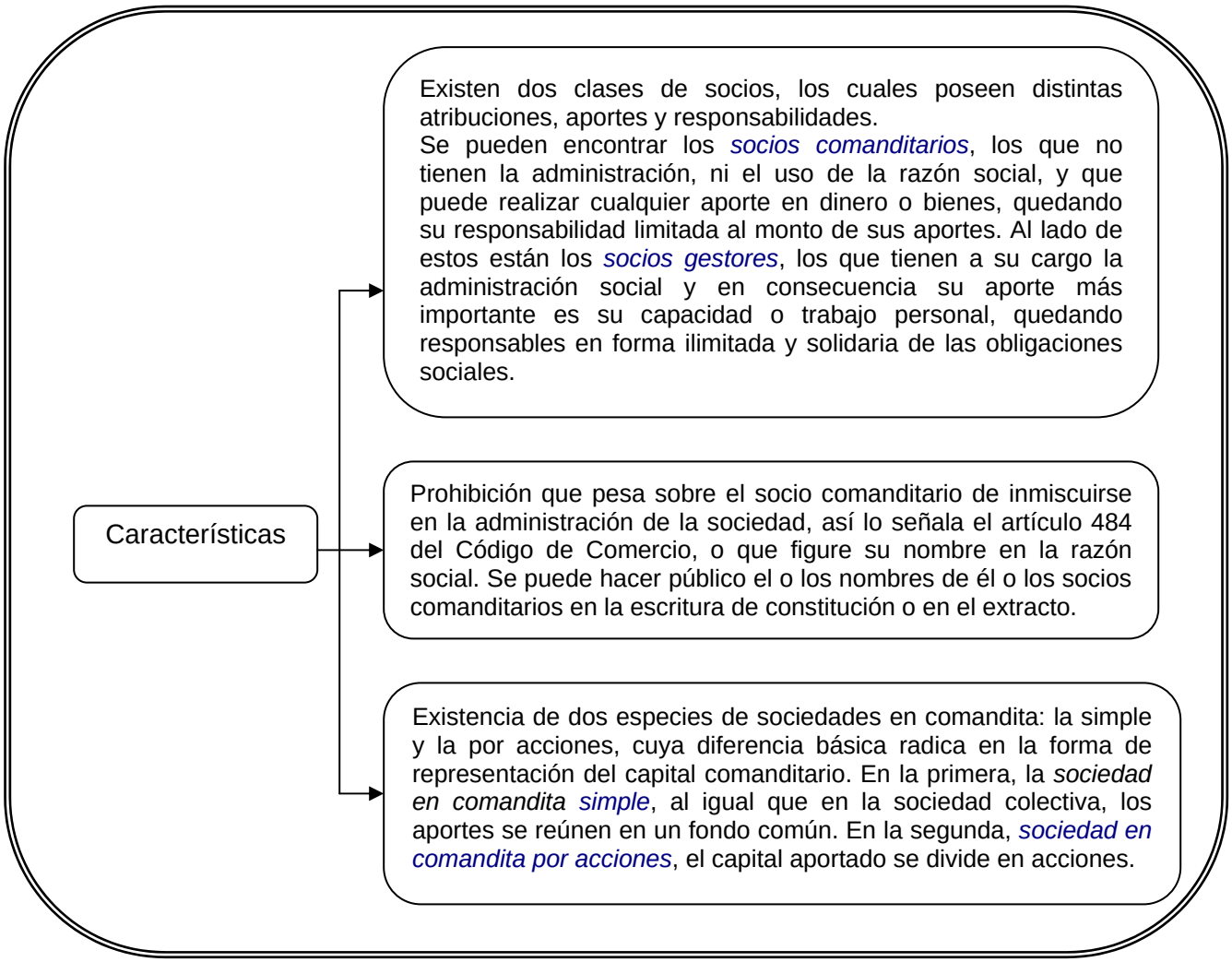
- La comandita simple se forma por la reunión de un fondo suministrado en su totalidad por uno o más socios comanditarios, o por éstos y los socios gestores a la vez.

- La comandita por acciones se constituye por la reunión de un capital dividido en acciones o cupones de acción y suministrado por socios cuyo nombre no figura en la escritura social

- Características

Las sociedades en comanditas tienen ciertas características que la hacen distinta de los otros tipos de sociedades, ellas se señalan en la siguiente figura:

Figura Nº 20: Características de la Sociedad en Comandita



9.1. Sociedad en Comandita Simple Comercial

Se encuentra regulada en los artículos 474 y 490 del Código de Comercio y se le aplican en forma supletoria las normas de la sociedad colectiva comercial.

El Código de Comercio define sociedad en comandita comercial en su artículo 472 como:

> Aquella que se forma por la reunión de un fondo suministrado en su totalidad por un socio o más socios comanditarios, o por éstos y los socios gestores a la vez.

Conforme al artículo 474 del Código de Comercio, esta sociedad se prueba y forma del mismo modo que la sociedad colectiva. En lo que respecta a la inobservancia de las formalidades de constitución acarrea la nulidad de la sociedad y da origen a la existencia de una sociedad de hecho en los mismos términos vistos para la sociedad colectiva.

Dentro de las normas particulares, se puede encontrar una diferencia con la sociedad colectiva, relativa al contenido del extracto, ya que conforme al artículo 354 del Código de Comercio, el extracto debe indicar el nombre, domicilio y apellidos de todos los socios; sin embargo, en este tipo de sociedades conforme al artículo 475 del mismo cuerpo legal, el nombre de los socios comanditarios no puede figurar en el extracto. Así entonces la razón social de estas sociedades, contendrá el nombre, apellido y domicilio de los socios gestores.

En caso de contravención o la prohibición del artículo 475 del Código de Comercio, no existe sanción expresa. Alguna parte de la doctrina señala que procedería nulidad absoluta por aplicación del artículo 1681 y 1682 del Código Civil. La mayoría de la doctrina no se pronuncia respecto de la sanción frente al incumplimiento del artículo 475 del Código de Comercio.

En cuanto a la razón social, ésta debe comprender el nombre del socio gestor si es uno solo, o el nombre de uno o más de los socios gestores, si fueren muchos. El artículo 477 del Código de Comercio dispone que el "comanditario que permite o tolera la inserción de su nombre en la razón social se constituye responsable de todas las obligaciones y pérdidas de la sociedad en los mismos términos que el socio gestor".

El nombre de los socios gestores en la razón social puede ir seguido o acompañado de las palabras "y compañía" lo que no implica la inclusión del nombre del socio comanditario, ni le impone mayores responsabilidades.

En lo que respecta al aporte, en términos generales son iguales que en la sociedad colectiva, salvo porque se prohíbe al socio comanditario o capitalista aportar su capacidad, crédito o industria personal, aportes que corresponden al socio gestor. La intención del legislador es que este socio actúe como un verdadero capitalista, aportando dinero o bienes.

Los aportes pueden ser realizados en propiedad o usufructo, en este último caso el comanditario no soportará otra pérdida que las de los frutos o productos que constituye su aporte, y no está obligado a restituir las cantidades recibidas como beneficios de buena fe.

La administración corresponde a uno o más de los socios gestores, pudiendo realizar por sí o por medio de delegados, conforme al pacto social suscrito. A los socios comanditarios se les está prohibido ejecutar actos de administración, aún en calidad de delegados u apoderados de los socios gestores. Sólo pueden realizar actos que no son considerados de administración, los que se encuentran señalados en el artículo 487 del Código de Comercio.

El comanditario que realiza actos de administración, queda solidariamente responsable con los gestores de todas las pérdidas y obligaciones de la sociedad, sean anteriores o posteriores a la contravención, así lo dispone el artículo 485 del Código de Comercio. Si en razón de esta responsabilidad pagan a un acreedor social, tienen derecho a exigirles a los gestores la restitución de la cantidad que exceda a su aporte, y éstos no pueden reclamar indemnización alguna. El socio comanditario puede asistir a las asambleas, teniendo en ella sólo voto consultivo, es decir, tiene derecho a opinar y puede ser consultado por los gestores.

En lo que se refiere a la cesión de derechos sociales, solamente los socios comanditarios pueden ceder su parte de interés en la sociedad, ya que se los considera como socios capitalistas. En cuanto a los socios gestores, ellos no pueden ceder sus derechos en la sociedad.

En relación a la responsabilidad social se debe distinguir entre socios gestores y los comanditarios. Los primeros responden en forma ilimitada y solidaria de las deudas contraídas bajo la razón social. Ahora, los comanditarios responden sólo hasta la concurrencia de sus respectivos aportes prometidos o entregados.

9.2. Sociedad en Comandita por Acciones

Se encuentra regulada entre los artículos 491 y 506 del Código de Comercio y se le aplican en forma supletoria las normas de la sociedad en comandita simple comercial, y como consecuencia de ello, también tendrán relevancia las normas de la sociedad colectiva comercial que no se oponga a su naturaleza.

El artículo 473 del Código de Comercio define a la sociedad en comandita por acciones como:

> La reunión de un capital dividido en acciones o cupones de acción y suministrado por socios cuyo nombre no figura en la escritura social.

La sociedad en comandita por acciones también distingue entre dos tipos de socios: los gestores que son personalmente responsables y los comanditarios, que tienen características similares a los accionistas.

Cabe señalar que en relación a la constitución de la sociedad esta es más extensa y se encuentra reglamentada en los otros tipos sociales, en virtud del artículo 491 del Código de Comercio, que hace aplicable las disposiciones de la en comandita simple. Se requiere en primer término escritura pública cuyo extracto debe inscribirse en el registro de comercio al

igual que en las sociedades colectivas. Esta escritura puede cumplir dos formalidades distintas, a saber:

a) Puede ser propiamente la escritura social de constitución, como la llama el artículo 473 del Código de Comercio, cuando el gestor cuenta con accionistas para suscribir todo el capital y pagar el mínimo legal. De ocurrir así, la escritura debe contener las menciones del artículo 352 del cuerpo legal en comento.

b) La segunda posibilidad se da cuando el gestor no cuenta con accionistas suficientes para pagar el capital. En este caso la escritura pasa a llamarse "escritura de estatuto", toda vez que su finalidad es contener la reglamentación de la sociedad que pretende crearse y colocar las acciones en que se divide el capital en el público.

El artículo 493 del Código de Comercio señala que estas sociedades en comandita no quedarán definitivamente constituidas sino después de suscrito todo el capital y de haber entregado cada accionista al menos la cuarta parte del importe de sus acciones.

En términos generales, la suscripción es un acto jurídico por el cual una persona se hace propietaria de un número de acciones y se obliga a pagar su valor. La suscripción de la entrega del valor de las acciones debe ser comprobada por una declaración del gerente de la sociedad por una escritura pública. Esta escritura se llama "escritura de declaración de existencia" y debe ser acompañada de una lista de los suscriptores, de un estado de las entregas y de la escritura social.

Excepcionalmente existe un tercer trámite para la constitución de esta sociedad y es necesario cuando uno de los socios lleva un aporte que no consiste en dinero o estipula en su favor una ventaja particular. En ambos casos la asamblea general de accionistas, en una reunión celebrada con posterioridad al otorgamiento de la escritura de declaración, debe verificar y estimar el valor del aporte por la ventaja, y posteriormente debe aprobar dicha estimación. Cumplido estos requisitos la sociedad queda definitivamente constituida.

La razón social, debe contener el nombre de uno de los socios gestores si es uno, o el nombre de uno o más socios gestores si son varios y no debe incluir el nombre de los comanditarios, bajo la sanción de responder de igual forma que los socios gestores.

Se puede añadir a la razón social la frase "en comandita por acciones" o las siglas "CPA o EPA", lo que no incide en su validez.

El aporte, puede consistir en cualquiera de las cosas enumeradas en el artículo 376 del Código de Comercio, con la limitación del artículo 478 del mismo cuerpo legal. Cuando los aportes consisten en dinero deben verificar y estimarse el valor, y luego aprobarse la estimación.

Con los aportes se forma el capital social y éste por disposición de la ley se encuentra dividido en acciones.

La acción es un título valor transferible o negociable que representa una parte de la propiedad de una sociedad. Las acciones deben encontrarse totalmente suscritas y pagadas en una cuarta parte por sus titulares para que la sociedad este legalmente constituida.

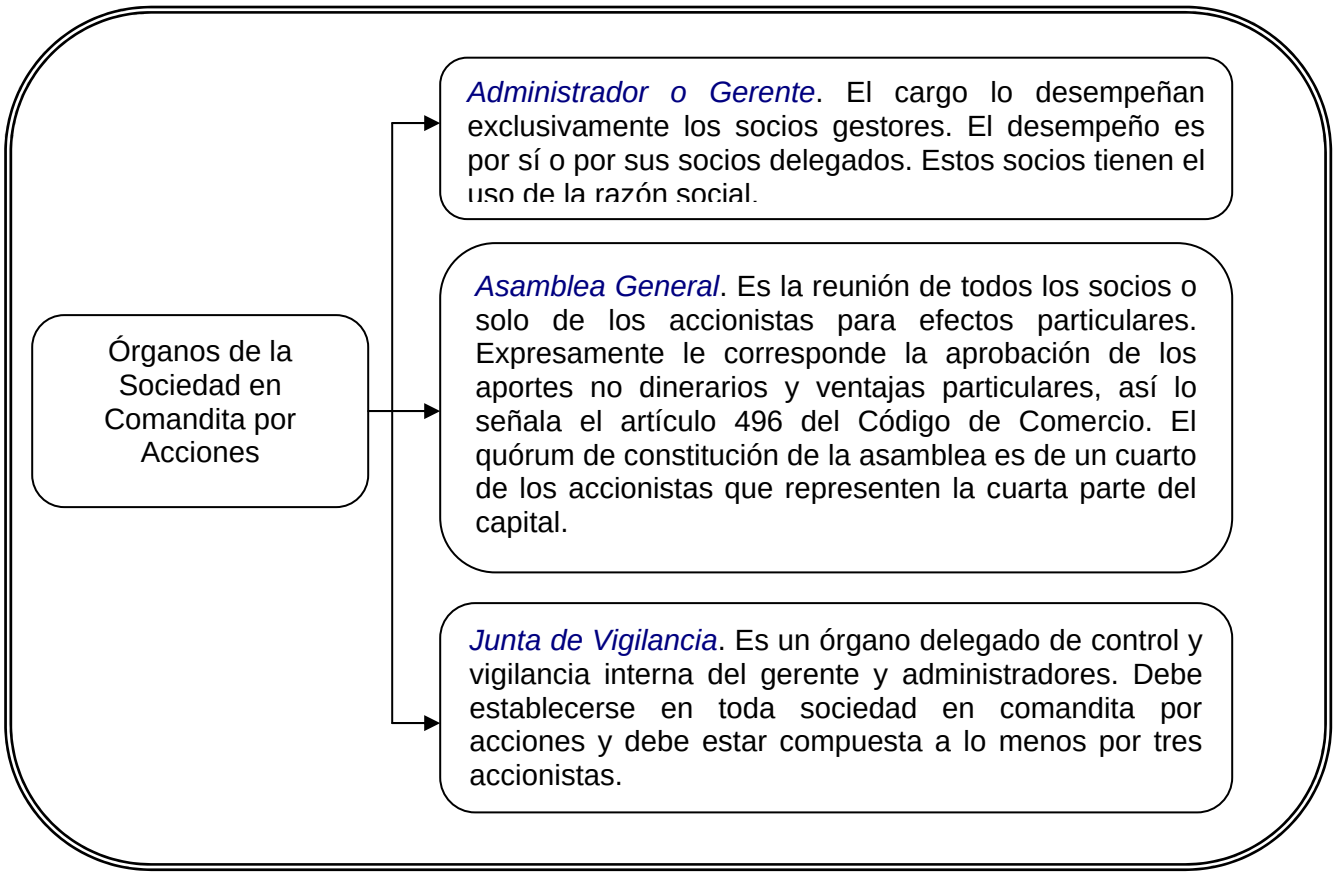
Para el caso en que el socio suscriba una o más acciones, éste es responsable a pesar de cualquiera estipulación en contrario, del monto total de las acciones suscritas. Esta responsabilidad implica la obligación de cumplir con el aporte prometido.

Una característica de las acciones es ser un título transferible o negociable, en el caso de estas sociedades, las acciones pueden negociarse solo una vez entregada a la sociedad las dos quintas partes de su valor, así lo estipula el artículo 495 del Código de Comercio. La negociación de acciones de una forma distinta a la establecida, sin cumplir con las exigencias señaladas, es penada con multa, conforme al artículo 504 del mismo cuerpo legal, sanción que actualmente es nominal. Por cuanto el monto de la multa es irreal.

En cuanto a la responsabilidad, hay que señalar que como no existen normas especiales, se aplican las normas de la sociedad en comandita simple, la que distingue entre socios gestores y socios comanditarios o accionistas. Sólo para estos últimos el artículo 495 inciso primero precisa la responsabilidad norma legal que dispone: "Los suscriptores de acciones son responsables, a pesar de cualquiera estipulación en contrario, del monto total de las acciones que hubieren tomado en la sociedad".

Para finalizar, la sociedad en comandita por acciones está compuesta de tres órganos que la regulan en sus tareas, éstos son:

Figura Nº 21: Órganos de la Sociedad en Comandita por Acciones

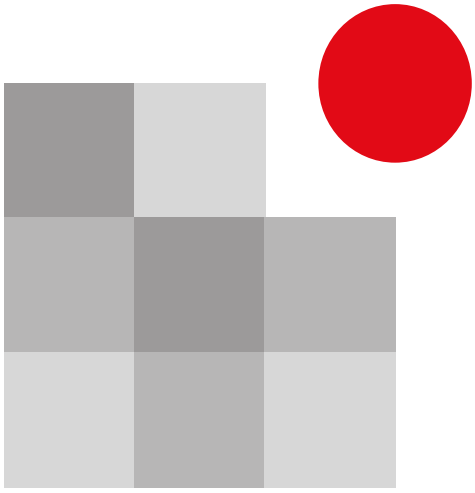


Con respecto al último órgano, cabe señalar que los miembros de la Junta de vigilancia, son nombrados por la asamblea general cuando se constituye la sociedad y antes de toda operación social. Se sanciona con multa al gerente que hubiere principiado las operaciones sociales antes que la junta hubiere iniciado su acción, así lo dispone el artículo 503 del Código de Comercio.

En cuanto a la disolución, no existen normas particulares, por lo que igual que las sociedades en comandita simple, se aplican las causales de las sociedades colectivas compatibles.

Realice ejercicios nº 17 al 30

RAMO: DERECHO COMERCIAL



IPLACEX
instituto profesional

UNIDAD II

SOCIEDADES ANÓNIMAS Y SOCIEDADES POR ACCIONES

CLASE 01

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

El origen de las sociedades anónimas se puede vincular a las actuaciones que se realizaban en la casa real inglesa. Su personalidad jurídica[1] se desarrolló aproximadamente en los siglos XV y XVI donde adquirió capacidad para poseer bienes, presentar demandas y a su vez ser demandada.

Históricamente la calidad de sociedad se adquiría por medio de una concesión real. Por eso se ha dicho que el otorgamiento de la personalidad jurídica era uno de los recursos principales en virtud de los cuales el poder real se administraba y expandía al mismo tiempo. En esa época, el control de las sociedades anónimas lo ejercían las cortes del rey, actuando como órgano nacional de control y fiscalización administrativa[2].

Cabe señalar que dentro de la evolución de las sociedades anónimas en Chile se pueden distinguir tres períodos históricos. Éstas se enuncian a continuación.

a) Primer Período. Va desde la dictación de la primera ley de sociedades anónimas hasta la legislación de 1931. El 11 de noviembre de 1854 se publicó en el periódico denominado "el monitor Arauco" la primera ley sobre sociedades anónimas, que antecedió a la promulgación del Código Civil y del Código de Comercio. Así este último incorporó las disposiciones de dicha ley al Código, con las supresiones y agregaciones conducentes a la perfección del sistema adoptado en ella, como lo expresa el mensaje del Código de Comercio.

   Cabe destacar que en este período se dictaron las leyes del 11 de septiembre de 1879 sobre transferencia de acciones o promesas de acciones; la ley de 13 de septiembre de 1887; sobre comisarios de sociedades anónimas; la ley 1.020 sobre publicación de escrituras sociales y la ley 4.657 sobre emisión de bonos o debentures por sociedades anónimas.

b) Segundo Período. Va desde la dictación del D.F.L. 251 del año 1931 hasta la promulgación de la ley 18.046 del año 1981. La crisis económica que conmocionó al mundo entre la

---

[1] Es aquella por la que se reconoce a una persona, entidad, asociación o empresa, capacidad suficiente para contraer obligaciones y realizar actividades que generan responsabilidad jurídica, frente a los mismos y frente a terceros.

[2] Brunetti al comentar la evolución histórica de la sociedad anónima señala que su verdadero origen no debe buscarse en Italia, pero que estudiando las sociedades romanas pueden advertirse ciertas características similares en las sociedades publicanorum. Estas sociedades publicanos fueron organizaciones formadas para la realización y recaudación de ingresos del Estado, el aprovisionamiento y suministro del pueblo y de los ejércitos, y la construcción de obras públicas. Su actuación ligada a las funciones públicas les dio el carácter de "personas públicas", adquirieron una personalidad diferente de los socios que las integraban. Por ello dice este autor italiano que pertenece a la categoría de "corporaciones" dotadas de personalidad.

primera y segunda guerra mundial afectó profundamente a Chile, en la década de los años treinta, la que se agravó por la paulatina sustitución del salitre natural por el salitre sintético, el principal bien de exportación de la época en Chile, que era la primera fuente de ingresos fiscales. Esta crisis generó cambios en la legislación económica y comercial y también se reflejó en reformas al régimen de sociedades anónimas, que se materializaron fundamentalmente mediante la publicación, el 22 de mayo de 1931, del D.F.L. 251 de dicho año.

Como características generales de esta legislación se pueden destacar las siguientes:

- Se acentuó el dirigismo estatal en las sociedades anónimas, ya existentes en el período anterior, mediante la creación de la Superintendencia de Compañías de Seguros y Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, organismo estatal dependiente del Ministerio de Hacienda, al cual le correspondió fiscalizar que las sociedades anónimas cumplieran con la normativa a que estaban sujetas, pudiendo aplicar sanciones al respecto. Además, se le otorgó al organismo contralor facultades para que por un lado pudiera conocer la situación financiera de los entes controlados y de otro imponer normas contables tendientes a tal fin. En efecto, la Superintendencia podía representar al directorio y gerencia de las sociedades sometidas a su control no sólo infracciones, sino también todo acto que a su juicio fuera perjudicial a la sociedad.

- Se establece una normativa especial, más estricta y con mayores facultades de control e intervención estatal, para ciertas sociedades anónimas como los bancos y compañías de seguros y reaseguros. Se produjeron variadas reformas en cuanto a los dividendos, estatutos y capitalización de reservas de sociedades anónimas. Además, en este período se dictó el Reglamento sobre sociedades anónimas nacionales y extranjeras que se establezcan en el país, por Decreto Supremo de Hacienda 1995, de 17 de septiembre de 1970.

c) Tercer Período. Va desde la dictación de la ley 18.046 en adelante. Las características de este período son, a saber:

- La fiscalización estatal está a cargo de un organismo estatal autónomo y especial para las sociedades anónimas. Dicho organismo se denomina Superintendencia de Valores y Seguros. La fiscalización sólo abarca a aquellas sociedades que hacen oferta pública de sus valores o que tienen un número considerable de accionistas, llamadas sociedades anónimas abiertas y a ciertas sociedades que se consideran que tienen importancia social por su giro, tales como bancos, compañías de seguros, administradoras de fondos de pensiones, entre otras. Los bancos, sociedades financieras y administradoras de fondos mutuos cuentan con superintendencias especiales para su fiscalización.

- Los objetivos de la fiscalización varían. Se abandona una fiscalización que tienden a proteger a los inversionistas y a las minorías mediante instrucciones de la autoridad,

atendiendo a ciertos factores de conveniencia calificados por la propia autoridad especialmente para otorgar la autorización de existencia y funcionamiento de la sociedad anónima, trámites que en general se eliminan.

- La actual legislación, a diferencia de la anterior, posibilita el reclamo jurisdiccional frente a decisiones y sanciones que pueda aplicar el organismo controlador.

- La nueva legislación es una clara inspiración proveniente del derecho norteamericano, tales como la distinción entre sociedades abiertas y cerradas, acciones sin valor nominal y necesidad de fijar el valor de colocación de acción en aumentos de capital de la sociedad anónima, fijación que puede ser en un valor superior o inferior al valor nominal, al valor libro o al de cotización bursátil.

- Finalmente, la nueva legislación trata tópicos modernos no considerados en la legislación anterior, tales como la transformación; la fusión; la división de sociedades; las sociedades filiales y coligadas; los grupos económicos y otras materias.

- Normas Aplicables

La normativa legal aplicable a la generalidad de las sociedades anónimas y el orden de prelación de ellas es el siguiente, a saber:

a) Las normas especiales contenidas en la ley 18.046 sobre sociedades anónimas, sin perjuicio de las disposiciones aplicables a las sociedades especiales, tales como bancos, compañías de seguros o administradoras de fondos mutuos.

b) Las normas legales aplicables a todo tipo de sociedad con personalidad jurídica, contenidas en el Código Civil.

c) Las normas generales sobre obligaciones y contratos mercantiles contenidos en los Libros I y II del Código del Comercio, pues la sociedad anónima es siempre mercantil, acorde a lo que prescriben los artículos 2064 del Código Civil y artículo 1º inciso segundo de la ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas.

d) Las normas generales del Código Civil. Según lo que establece el reglamento de las sociedades anónimas, las normas generales del Código Civil, carecen de fuerza obligatoria. Por ende, no tiene fuerza obligatoria en cuanto vaya más allá de lo que establece la ley.

- Conceptualización y Características de las Sociedades Anónimas

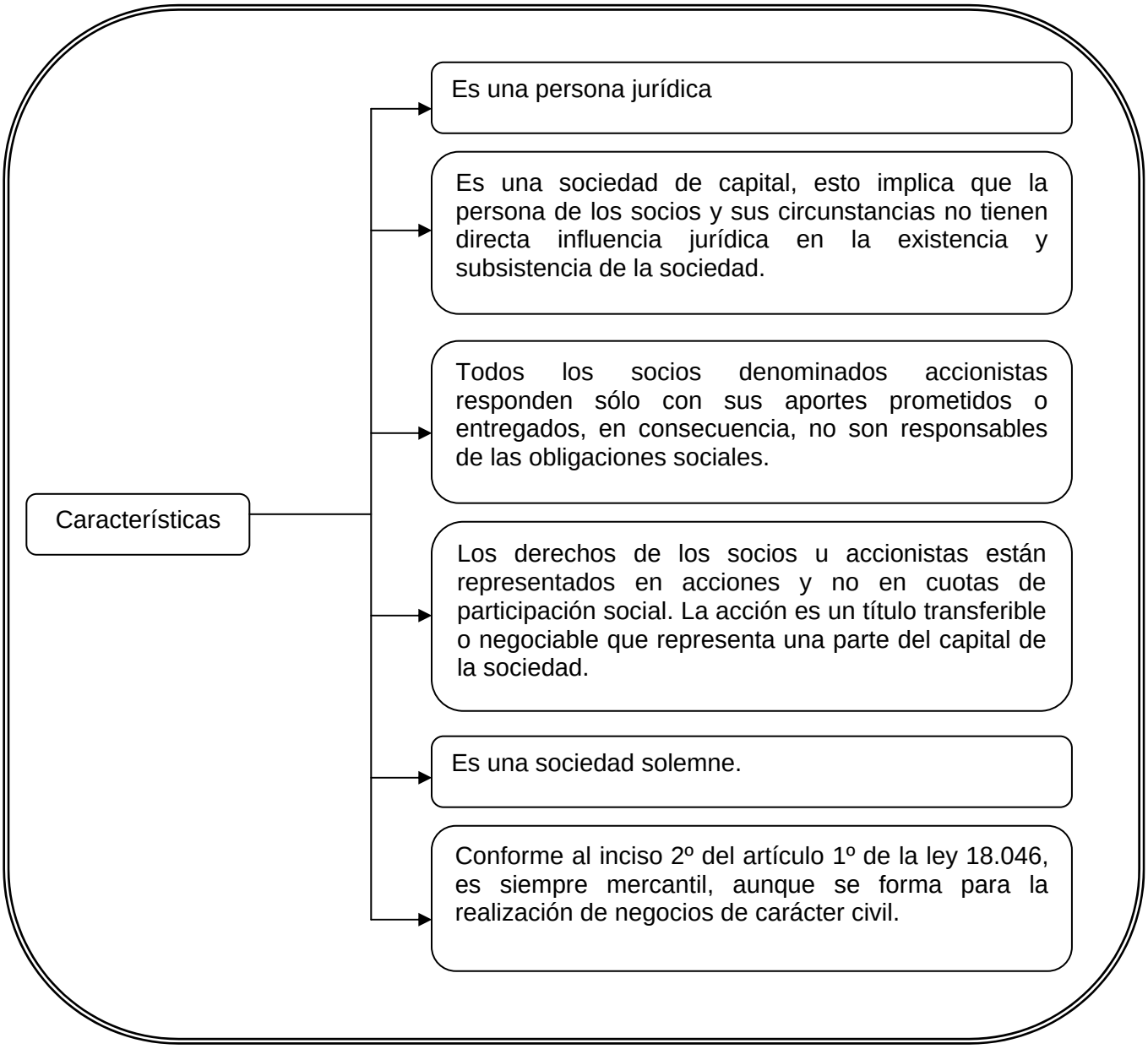
De acuerdo a lo que establece el artículo 1º de la ley 18.046, las sociedades anónimas son definidas como:

Sociedad Anónima →	Es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.

A este concepto legal se lo ha criticado en relación con la referencia al directorio, por cuanto da a entender que cada miembro de este cuerpo colegiado puede ser individualmente removido de su cargo, lo que no es tal, porque el directorio se renueva o se revoca en forma íntegra y no en relación a cada uno de sus miembros. Así lo señala expresamente el artículo 31 inciso 2º de la ley 18.046, al establecer que la renovación del directorio será total.

En cuanto a las características que identifican a las sociedades anónimas, se pueden mencionar las siguientes:

Figura Nº 1: Características de las Sociedades Anónimas



Realice ejercicios nº 1 al 6

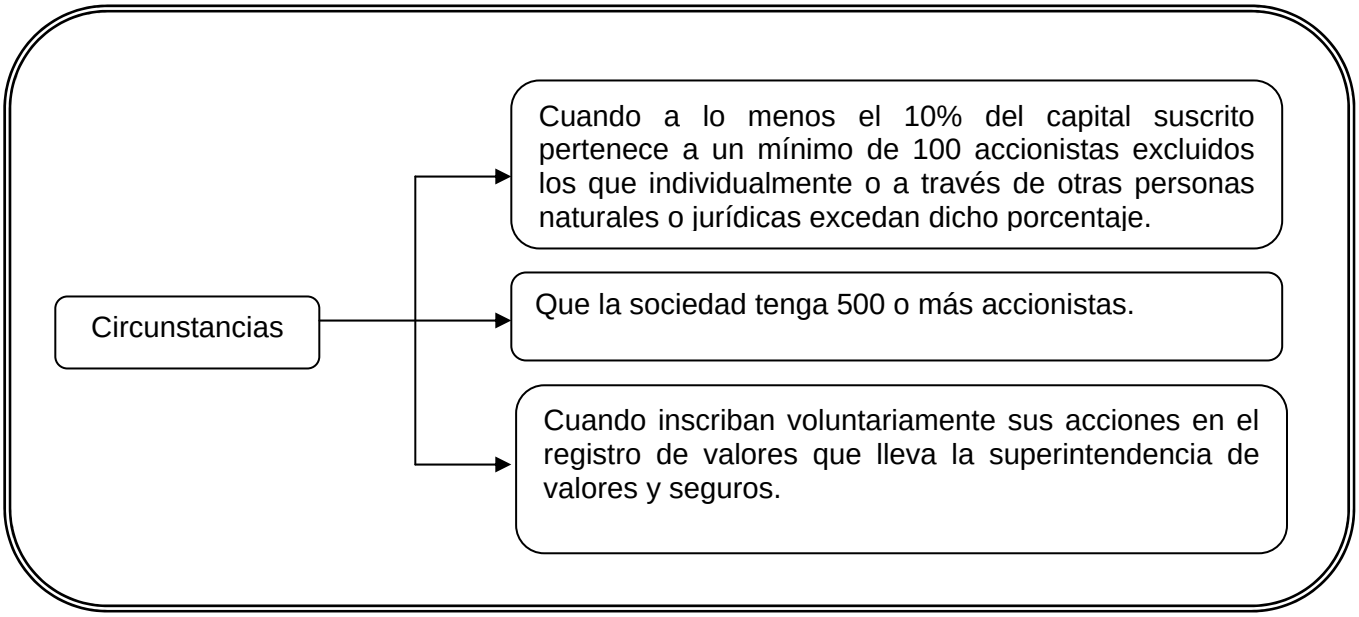
CLASE 02

- Tipos de Sociedades Anónimas

Existen dos tipos de sociedades anónimas: las sociedades anónimas abiertas y las sociedades anónimas cerradas.

Son sociedades anónimas cerradas por exclusión son aquellas que la ley no califica de abiertas, por cuanto el legislador sólo se ha dedicado a precisar cuando una sociedad anónima es abierta. Es así, que el artículo 2º de la ley 18.046 señala las circunstancias que permiten calificar la sociedad anónima de abierta las cuales son, a saber:

Figura Nº 2: Circunstancias que califican a una Sociedad Anónima como Abierta



De acuerdo con lo anterior, sólo basta una de las circunstancias ya señaladas para que la sociedad anónima sea abierta. Es decir, no son requisitos copulativos (que deban ir simultáneamente), y la sociedad anónima que no cumpla con estas circunstancias será una sociedad anónima cerrada.

Cabe señalar que tanto las sociedades anónimas abiertas como las cerradas que conforme a sus estatutos se sometan a las normas de las sociedades anónimas abiertas o que por disposición legal están obligadas a hacerlo, se encuentran sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, además deben inscribirse en el Registro de Valores.

Las sociedades anónimas cerradas sin perder su carácter pueden someterse a las normas de las sociedades anónimas abiertas. A la inversa las sociedades anónimas abiertas que dejan de cumplir las condiciones para ser tales durante un período mínimo de seis meses, pasarán a ser cerradas en virtud de la cancelación de la inscripción que efectúe la Superintendencia de Valores y Seguros. Normalmente la cancelación opera a solicitud de la misma sociedad.

Desde el punto de vista práctico, la principal diferencia entre las sociedades anónimas abiertas y las cerradas, es que las primeras hacen oferta pública de sus acciones, lo que les permite acceder al ahorro público para aumentar su capital. De esta manera las sociedades anónimas abiertas buscan el ahorro del público con el objeto de financiarse o para constituir su capital fundacional o para aumentarlo. En cambio, las sociedades anónimas cerradas emiten acciones pero no pueden ser transadas en el mercado.

En cuanto a la constitución legal de las sociedades anónimas, hay que distinguir entre las sociedades anónimas generales y las especiales. A continuación, se revisarán cada una de ellas:

a) Sociedades Anónimas en General. Para éstas la ley exige como requisitos de constitución y de modificación: la escritura pública; la inscripción del extracto en el registro de comercio de su domicilio social y la publicación del extracto en el Diario Oficial. Tanto la publicación como la inscripción deben realizarse en el plazo de 60 días desde el otorgamiento de la escritura social.

   Cabe señalar que conforme al artículo 3 inciso 1º de la ley 18.046 la sociedad anónima se forma, existe y prueba por escritura pública inscrita y publicada en los términos del artículo 5º. El cumplimiento oportuno de la inscripción produce efectos retroactivos a la fecha de la escritura. Las actas de las juntas generales de accionistas en que se acuerde modificar los estatutos sociales o disolver la sociedad, serán reducidas a escritura pública y cumplirán con los mismos trámites o solemnidades de constitución. En consecuencia, la constitución de una sociedad anónima es hecha con las formalidades descritas y la reforma de los estatutos o la disolución de la sociedad deben ser acordadas en junta de accionistas, lo que conforme al artículo 57 nº 1 y 2 es extraordinaria.

   En este contexto la Superintendencia de Valores y Seguros ha señalado mediante oficio nº 6369 que no corresponde a la persona encargada de la legalización de la reforma de los estatutos, extender escrituras complementarias por las que se modifiquen los acuerdos de las asambleas extraordinarias de accionistas, ya que sólo a este órgano le compete (tiene atribuciones) alterar las disposiciones del pacto social. En contra del tenor de la escritura de constitución, modificación o disolución no se admite prueba de ninguna especie, ni aún para justificar la existencia de pactos no expresados en ella. Las menciones de las escrituras aparecen señaladas en el artículo 4º de la ley 18.046.

   El extracto autorizado por el notario que otorga dicha escritura, debe inscribirse en el Registro de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad, dentro de los 60 días

siguientes al otorgamiento de la escritura. Además de las menciones señaladas en la ley sobre sociedades anónimas, el extracto debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 5º del reglamento sobre sociedades anónimas, las cuales son la fecha de la escritura; el nombre y el domicilio del Notario Público que la otorgó.

De esta manera el mismo extracto que debe inscribirse en el Registro de Comercio y que se encuentra autorizado por el Notario Público, debe publicarse por una sola vez en el Diario Oficial, dentro del mismo plazo de la inscripción. En la práctica se realiza primero la publicación y luego la inscripción.

Las sociedades anónimas deben mantener en la sede principal o en sus agencias o sucursales a disposición de los accionistas ejemplares actualizados de sus estatutos, firmados por el gerente con indicación de la fecha y notaría en que se otorgó la escritura de constitución y la de modificación en su caso. Además se debe señalar los datos referentes a su legalización. Igualmente se debe mantener una nómina actualizada de los accionistas con indicación del domicilio y número de acciones de cada uno de ellos.

Continuando con lo anterior el directorio, el gerente y el o los liquidadores son solidariamente responsables de los perjuicios que sufran los accionistas y terceros por la falta de fidelidad o vigencia de dichos documentos, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puede aplicar la Superintendencia, a las sociedades sujetas a fiscalización.

En este sentido la sociedad anónima que no consta de escritura pública ni de instrumento reducido a escritura pública, ni de instrumento protocolizado es "nula de pleno derecho", la cual no puede sanearse, así lo establece el artículo 6 A de la ley 18.046. No obstante lo anterior, si existe de hecho dará lugar a una comunidad[3] entre sus miembros. Las ganancias y pérdidas se repartirán y soportarán y la restitución de los aportes se efectuará entre ellos con arreglo a lo pactado y, en subsidio, de conformidad a lo establecido para las sociedades anónimas. Los miembros de la comunidad responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de ésta; y no podrán oponer (alegar) a los terceros la falta de los instrumentos mencionados en el inciso primero del artículo 6 A. Los terceros podrán acreditar la existencia de hecho por cualquiera de los medios probatorios que reconoce el Código de Comercio y la prueba será apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

En caso de modificarse un extracto que no haya sido oportunamente inscrito y publicado no producirá efectos ni frente a los accionistas ni frente a terceros, salvo el caso de saneamiento en conformidad a la ley y con las restricciones que ésta impone. Dicha privación de efectos operará de pleno derecho (por el sólo ministerio de la ley y sin más trámite), sin perjuicio de la acción por enriquecimiento sin causa que proceda.

[3] Que no posee personalidad jurídica.

b) Sociedades Anónimas Especiales. En forma excepcional se presenta en la legislación chilena la intervención estatal en la constitución de sociedades. Pero en este caso particular el estado autoriza la creación y modificación de ciertas sociedades anónimas, como los bancos; compañías de seguro y reaseguro; administradora de fondos mutuos; entre otras, que en general presentan como elemento común la administración de fondos de terceros o la asunción de riesgos de terceros. A estas sociedades se les denomina sociedades anónimas especiales.

Conforme el artículo 126 de la ley 18.046 dichas sociedades se forman, existen y prueban por la conjunción de tres requisitos:

- El otorgamiento de escritura pública.

- La obtención de una resolución que autorice su existencia emanada de la superintendencia respectiva.

- La inscripción y publicación del certificado especial que otorga dicha superintendencia.

Respecto de la escritura pública ella debe contener, además de las menciones generales exigidas por la ley 18.046 del artículo 4º, las menciones especiales requeridas por las leyes que le exigen a cada sociedad.

En este sentido una vez otorgada la escritura debe solicitarse a la superintendencia respectiva, la autorización de existencia. La superintendencia debe comprobar que las sociedades cumplen con las exigencias legales y económicas requeridas, para autorizar su existencia, la cual se entiende aprobada por la resolución respectiva que dicte dicha institución. Para el caso que se encuentre aprobada la existencia de la sociedad se extiende un certificado que acredite dicha circunstancia y que debe contener un extracto que dicho organismo determine. Además, este certificado se debe inscribir en el Registro de Comercio del domicilio social y se debe publicar en el Diario Oficial dentro de los 60 días siguientes de la fecha de las resoluciones probatorias.

En el caso que se omita la escritura, la resolución aprobatoria o la oportuna inscripción y publicación del certificado, traerá como consecuencia que la sociedad no existirá. La ley 19.499 señala que para el caso de incumplimiento de formalidades en las sociedades anónimas en general, se establece como sanción la nulidad absoluta; pero mantuvo la sanción de inexistencia para el caso de las sociedades anónimas especiales. Cualquier disconformidad que exista entre el certificado que otorga la superintendencia y la inscripción o publicación, origina la nulidad absoluta del pacto social, así lo establece el artículo 128 de la ley 18.046. Las modificaciones de los estatutos o los acuerdos de disolución anticipadas deben ser acordadas en junta, cuyas actas deben ser reducidas a escritura pública y aprobadas por la superintendencia.

Cabe señalar que la ley reglamenta en forma especial la constitución de las administradoras de fondo de pensiones, éstas deben presentar a la superintendencia un prospecto descriptivo de los aspectos esenciales de la sociedad y de la forma como desarrollarán su actividad. De esta manera una vez aceptado el prospecto se entregará un certificado provisional que autoriza a los organizadores para obtener la autorización de existencia de la sociedad.

El otorgamiento de este certificado produce la facultad de conceder personalidad jurídica a las sociedades en formación, la que sin embargo, tiene el carácter de temporal, ya que no se podrá solicitar la autorización de existencia después de transcurridos diez meses desde el otorgamiento de dicho instrumento. Los organizadores de estas sociedades no pueden recibir remuneración alguna por su trabajo, y están obligados a depositar en alguna institución bancaria o financiera a nombre de la sociedad en formación, todos los fondos que reciban en pago de la suscripción de acciones.

Cabe señalar que una vez otorgado el certificado provisional se solicita la autorización de existencia, para lo cual se debe acompañar copia autorizada de la escritura pública que contiene el estatuto en el cual va inserto el certificado provisional. Comprobada la existencia del capital el superintendente dicta una resolución que autoriza la existencia de la sociedad y aprueba sus estatutos. De esta manera una vez autorizada la existencia se escribe un certificado que acredite dicha circunstancia y que contiene un extracto del estatuto. Este certificado se debe inscribir en el Registro de Comercio del domicilio social y publicarlo en el Diario Oficial dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la resolución aprobatoria. Las mismas formalidades se deben cumplir para las reformas de los estatutos o los acuerdos de disolución anticipada.

Realice ejercicios nº 7 al 10

CLASE 03

- Inscripción en el Registro de Valores

Tanto la ley de sociedad anónima como el reglamento respectivo establecen que aquellas sociedades que son abiertas deben inscribirse en el Registro de Valores dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que hayan reunido las condiciones que las califica como tales. Las sociedades anónimas cerradas que voluntariamente acuerdan someterse a las normas de las abiertas, deben inscribirse en dicho registro dentro de los 60 días siguientes a la junta que adoptó el acuerdo.

Respecto del concepto de Registro de Valores, éste se puede definir como:

Es un registro público que lleva la Superintendencia de Valores y Seguros, en el cual deben inscribirse los sujetos y valores que menciona el artículo 5º de la ley sobre mercados de valores nº 18.045.

Cabe destacar que para las sociedades anónimas la inscripción en este registro no es un requisito o formalidad de constitución, por cuanto ésta es posterior a la existencia de la sociedad. Se trata de un requisito necesario para que la sociedad pueda realizar oferta pública de sus acciones, así lo dispone el artículo 6º de la ley sobre mercados de valores.

La ley 18.045 sobre mercados de valores, en su artículo 4, define la oferta pública de la siguiente manera:

Oferta Pública	→	Se entiende por oferta pública de valores la dirigida al público en general o a ciertos sectores o grupos específicos de ellos.

- Objeto, Capital Social, Domicilio y Nombre de las Sociedades Anónimas

El artículo 8º de la ley 18.046 establece como exigencia respecto del nombre de las sociedades anónimas, que éstas deben incluir las palabras "Sociedad Anónima" o la abreviatura "S.A.", sin señalar ninguna condición respecto del contenido mismo.

En consecuencia, existe para los socios fundadores una amplia libertad en el establecimiento de la razón social. Esta podría consistir en el nombre o apellido de uno o más de los socios, en una referencia al giro y objeto, o en un nombre de fantasía o en cualquier otra circunstancia.

Cabe señalar que si el nombre de una sociedad fuese idéntico o semejante al de otra ya existente, esta última tendrá derecho a demandar su modificación en juicio sumario[4].

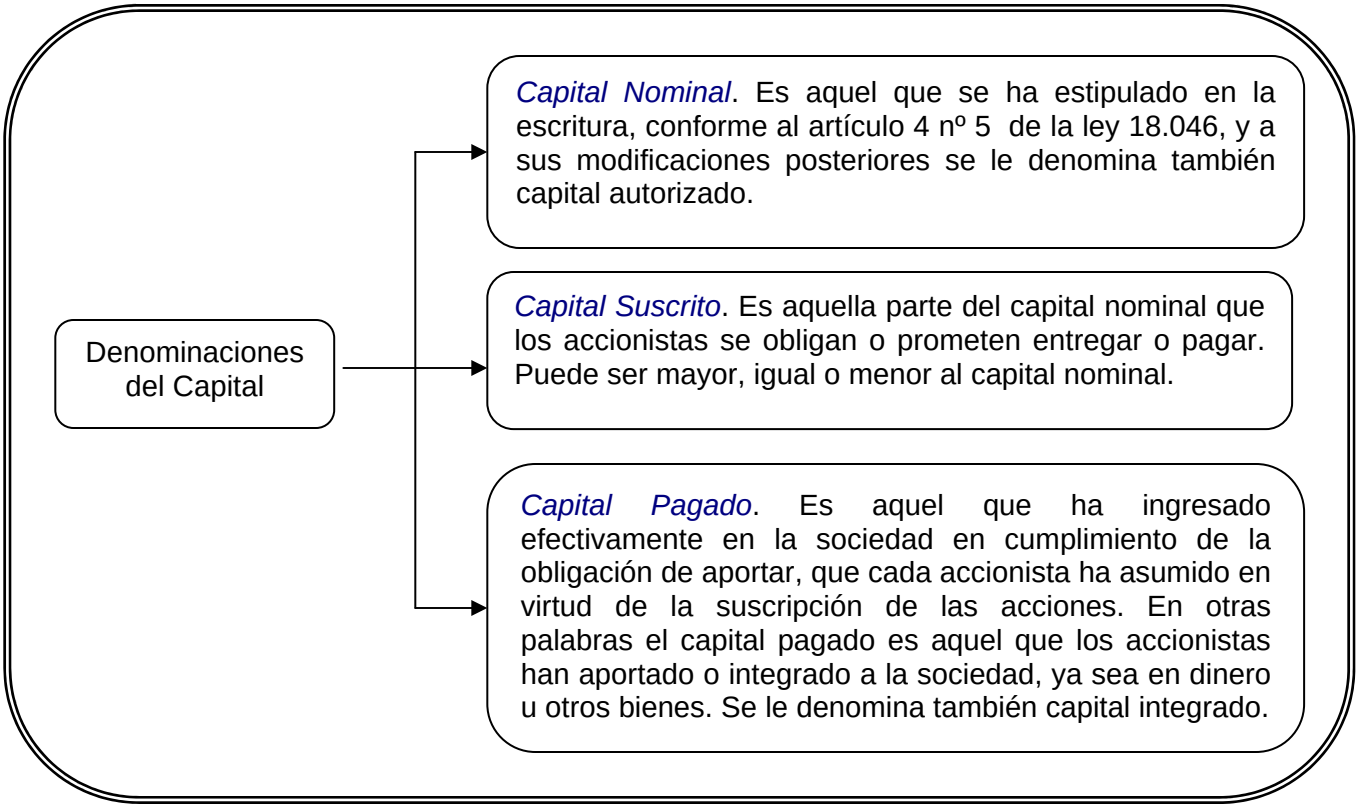
En cuanto al objeto de la sociedad anónima esta puede consistir en cualquier actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, a la moral o al orden público y seguridad del Estado. La única exigencia es que estén especificados en la escritura social.

En relación al domicilio de la sociedad anónima, se debe tener presente lo estipulado por las partes, y en caso de silencio de los estatutos la sociedad se entiende domiciliada en el lugar de otorgamiento de la escritura social.

[4] Un tipo de juicio que se caracteriza por ser más breve en su tramitación.

En lo que respecta al capital social, éste debe estar fijado de manera precisa en los estatutos y sólo puede ser aumentado o disminuido por reforma de los mismos. Es necesario relacionarlo con el artículo 4 nº 5 y 5 nº3 respectivamente. En las sociedades anónimas existen distintos tipos o denominaciones del capital, de esta manera se pueden encontrar las siguientes:

Figura Nº 3: Denominaciones del Capital



En este contexto la ley 18.046 no exige un capital mínimo a las sociedades anónimas sean estas abiertas o cerradas, en consecuencia tampoco solicita un porcentaje suscrito o pagado al tiempo de la constitución. La ley original y hasta el año 1997, exigía que al otorgarse la escritura de constitución el capital debía estar suscrito y pagado por lo menos una tercera parte del capital inicial de la sociedad.

Continuando con lo anterior actualmente no existe dicha exigencia, el artículo 11 inciso segundo de la ley sólo exige que el capital inicial quede totalmente suscrito y pagado en un plazo no superior a tres años. Si ello no ocurre, al vencimiento de dicho plazo, el capital social queda reducido al monto efectivamente suscrito y pagado.

Como el capital social se encuentra establecido en una mención esencial de la escritura de constitución, cualquier aumento o disminución que se produzca respecto de él, implicará

una modificación del contrato social. De modo que requiere de una decisión de la junta de accionistas (junta extraordinaria) la reducción del acta respectiva o escritura pública y la inscripción y publicación del extracto de la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, el capital y el valor de las acciones se entenderán modificados de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance del ejercicio. Por lo tanto, el capital social es variable anualmente en relación con la variación del IPC. En este sentido el artículo 10 de la ley de sociedad anónima, establece que el balance debe expresar el nuevo capital y el valor de las acciones resultantes de la distribución de la revalorización[5] del capital propio.

De esta manera el capital y el valor de las acciones se entenderán modificados de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance del ejercicio. El balance deberá expresar el nuevo capital y el valor de las acciones resultante de la distribución de la revalorización del capital propio. Por lo señalado anteriormente, el directorio, al someter el balance de ejercicio a la consideración de la junta, deberá previamente distribuir en forma proporcional la revalorización del capital propio entre las cuentas del capital pagado, las de utilidades retenidas y otras cuentas representativas del patrimonio.

2. LAS ACCIONES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

El capital de las sociedades anónimas se divide en acciones de igual valor conforme al artículo 11 de la ley 18.046. Si el capital se encuentra dividido en acciones de distintas series, las que sean de una misma serie deberán tener igual valor.

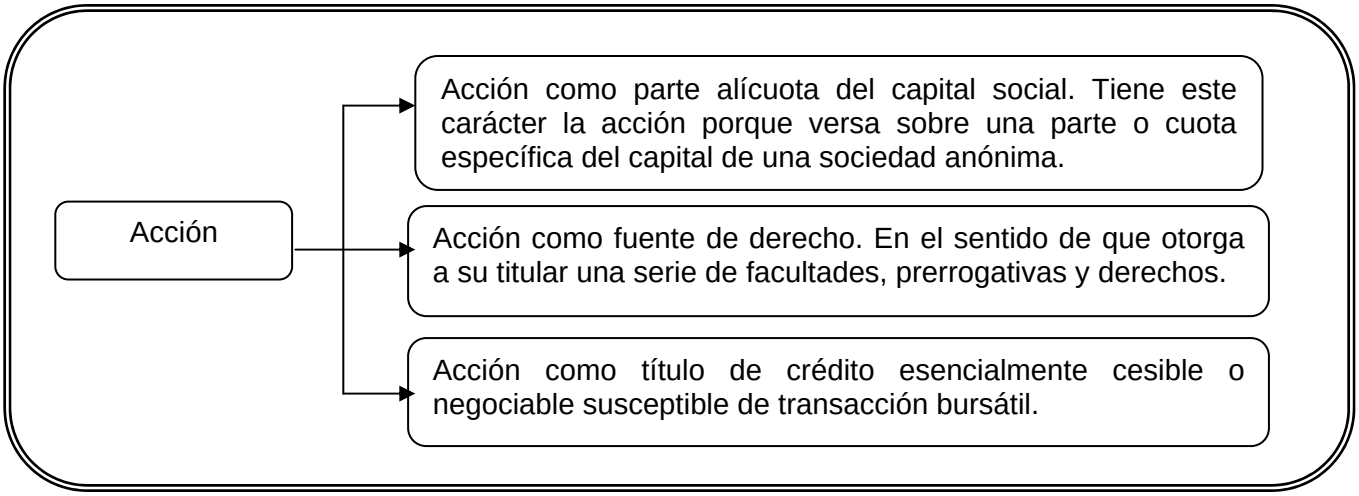
Las acciones son definidas de la siguiente manera:

ACCIÓN →	Es un título valor transferible o negociable que representa una parte específica de la propiedad de la sociedad.

Este concepto es omnicomprensivo y deriva de la consideración doctrinaria mayoritaria de la acción, entendiendo tres significaciones, a saber:

[5] Actualización del capital.

Figura Nº 4: Las Significaciones de Acción



De acuerdo con lo anterior, desde este punto de vista, la acción se mira como un documento, un título valor o un título crédito, aún cuando no concurran en ella todas las características de dichos títulos.

Cabe señalar que en la doctrina nacional "Álvaro Puelma", considera que la acción es una parte del capital de una sociedad anónima reflejado en un título valor, pero que no comprende dentro de su concepto, los derechos de los accionistas, ya que alguno de éstos se tienen aún antes de emitirse las acciones; y da como ejemplo el derecho a exigir que se le entreguen tales títulos. Sin embargo se debe tener presente que esta posición es minoritaria.

Conforme al artículo 12 de la ley 18.046, las acciones de las sociedades anónimas son nominativas, en consecuencia no pueden existir acciones a la orden o al portador.

- Suscripción de Acciones

La suscripción de acciones es la forma originaria de adquirir acciones de una sociedad anónima y puede realizarse de dos formas:

a) Compareciendo el accionista a la escritura pública de constitución o de aumento de capital.

b) Mediante contrato de suscripción de acciones que debe contar por escrito según lo preceptuado en el artículo 12 ya citado.

El reglamento que regula las sociedades anónimas, señala que la suscripción debe constar en un documento público o privado firmado por las partes (sociedad y suscriptor), en el cual debe constar:

1) Número de acciones que suscribe.

2) La serie a la que pertenece.

3) Fecha de entrega de los títulos respectivos.

4) Valor y forma de pago de la suscripción de las acciones.

Las acciones no tienen una materialidad propia, son ficciones o abstracciones del legislador y para efectos documentales se representan en títulos.

Realice ejercicios nº 11 al 16

- Pago de las Acciones

Una vez que las acciones han sido suscritas deben ser pagadas por los accionistas. En este sentido el pago debe ser en dinero u otros bienes. Si nada han expresado los estatutos se entiende que se pagan en dinero efectivo, así lo señala el artículo 15 de la ley 18.046.

Salvo acuerdo unánime, todos los aportes no consistentes en dinero deberán ser estimados por peritos[6], y en los casos de aumento de capital es necesario además que la junta de accionistas apruebe dichos aportes y estimaciones. El acuerdo unánime es respecto de las acciones emitidas.

Cabe señalar que el incumplimiento de las exigencias respecto de los aportes no dinerarios, pueden hacerse valer hasta dos años contados desde la escritura en la cual conste el aporte. Además, el cumplimiento de las exigencias efectuadas con posterioridad de la escritura, sanean (o validan) la nulidad.

Continuando con lo anterior, los directores o gerentes que aceptan una forma de pago distinta a la establecida en la ley o expresada en los títulos serán solidariamente responsables del valor de colocación de las acciones pagadas en otra forma. Los saldos insolutos de las acciones suscritas no pagadas se reajustan conforme a la variación de la unidad de fomento. Si el valor de las acciones se encuentra expresado en moneda extranjera, los saldos insolutos (que quedan) se pagarán en dicha moneda o en moneda nacional según su valor de cambio a la fecha de pago.

Cuando un accionista no paga oportunamente el todo o parte del valor de las acciones suscritas, la sociedad puede vender en una bolsa de valores mobiliarios por cuenta y riesgo del moroso el número de acciones necesarias para pagarse de los saldos insolutos y de los

[6] Que determinen el valor en función de sus conocimientos específicos.

gastos de enajenación (de venta), reduciendo el título a la cantidad de acciones que le restan, sin perjuicio de las sanciones o medidas que puedan estipularse en los estatutos, así lo dispone el artículo 17 de la ley 18.046.

Continuando con lo anterior las acciones cuyo valor no se encuentre totalmente pagada goza de iguales derechos que la íntegramente pagada, salvo en lo relativo a la participación que le corresponda en los beneficios sociales y devoluciones de capital en cuyos casos concurrirán en proporción a la parte pagada, salvo estipulación diferente de los estatutos.

Conforme al artículo 19 inciso primero, los accionistas sólo son responsables del pago de sus acciones y no están obligados de devolver a la caja social las cantidades que hubiesen percibidos como beneficios.

CLASE 04

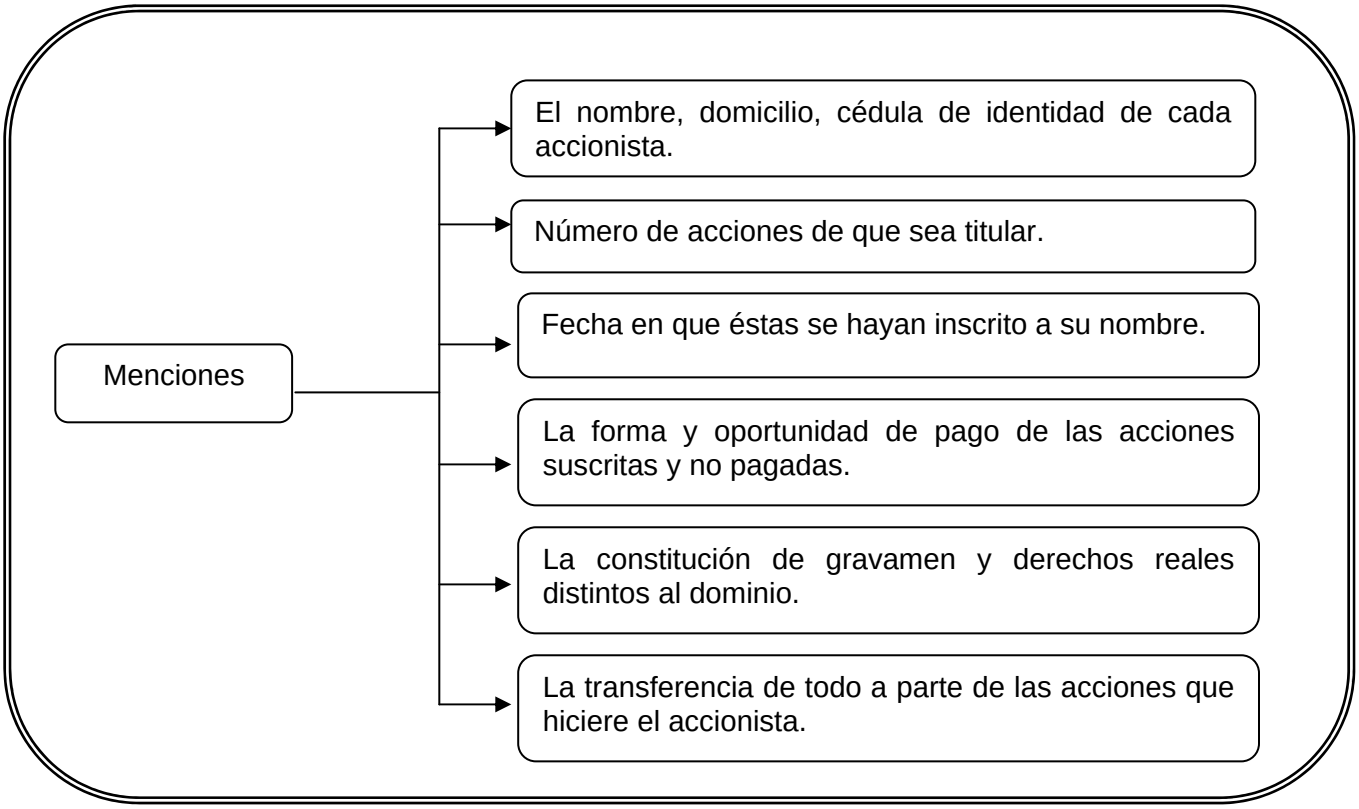
- Títulos de las Acciones

El título que es representativo de las acciones debe contener una serie de elementos. Éstos son: llevar el nombre del dueño; el nombre y sello de la sociedad; la fecha de la escritura social y la notaría en que se haya otorgado; la indicación de la inscripción de la sociedad en el Registro de Comercio correspondiente; el número total de las acciones en que se divide el capital de la compañía; el número de acciones que el título represente y, en su caso, la serie a que pertenezcan; el número total de acciones correspondientes a dicha serie y una referencia a las preferencias si las hubiere. Igualmente deberán constar en el título las condiciones de pago de la acción si se trata de acciones que no estuvieren pagadas íntegramente.

- Registro de Acciones

La sociedad anónima debe llevar un registro de accionistas que se abrirá el día de otorgamiento de la escritura de constitución. En este registro se anotarán las menciones que se muestran en la siguiente figura:

Figura Nº 5: Menciones que debe contener el Registro de Accionistas

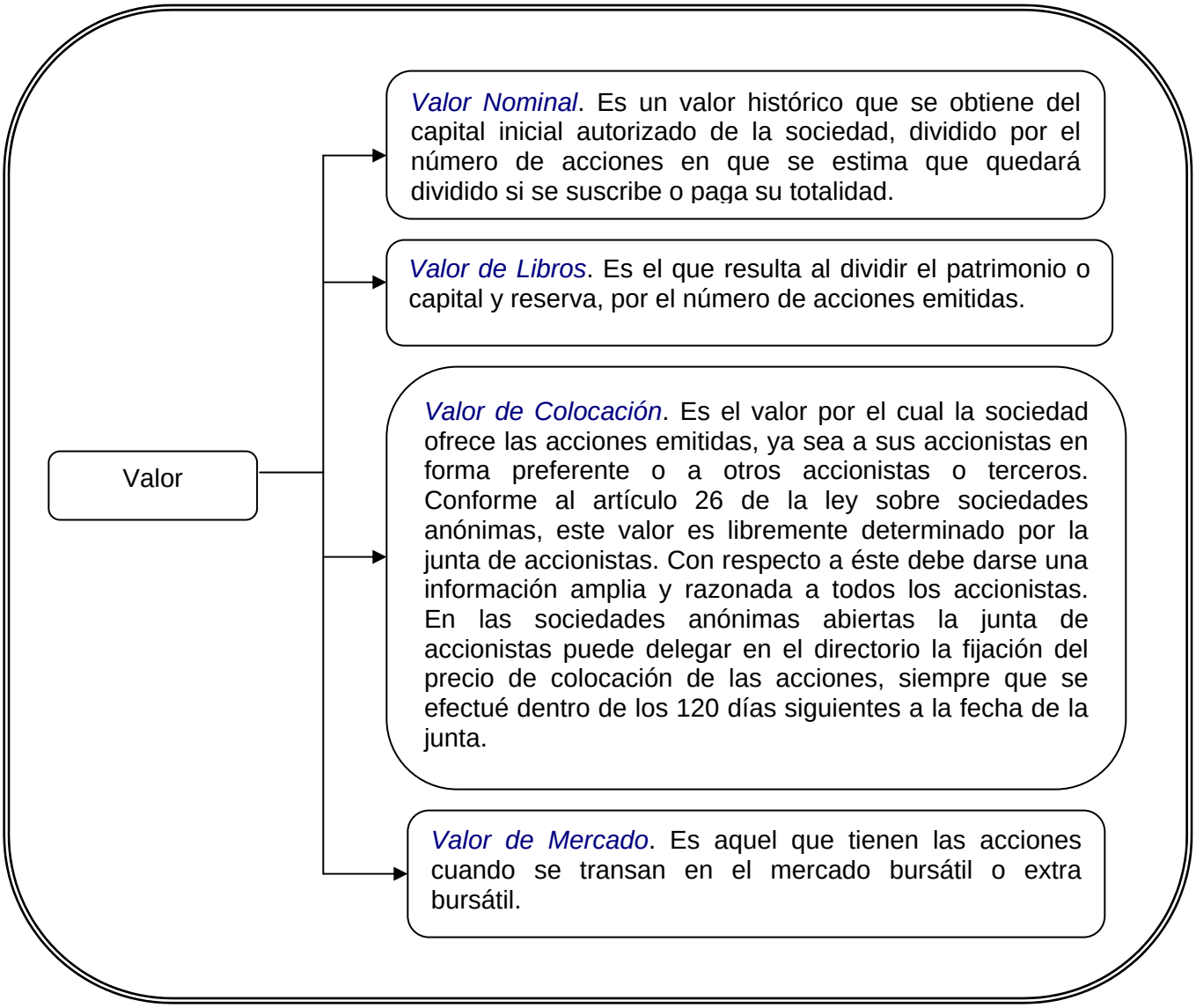


Este registro se puede llevar por cualquier medio que ofrezca seguridad con el objeto que no existan intercalaciones, supresiones u otras alteraciones que puedan afectar su fidelidad. Cabe destacar que cuando el medio utilizado para llevar el Registro no permite dejar inmediata constancia de la constitución de gravámenes o derechos reales distintos al dominio, la sociedad estará obligada a llevar un libro anexo para tal fin. Sin perjuicio de esto el gerente, dentro de las 24 horas siguientes a la inscripción del derecho o gravamen en dicho libro deberá incorporar la información al sistema. En la práctica normalmente se hace una anotación al margen de la escritura de constitución de la sociedad anónima.

- Valor de las Acciones

Una vez analizado el concepto y registro de acciones, corresponde estudiar los distintos valores que éstas representan, las cuales se estudiarán a continuación:

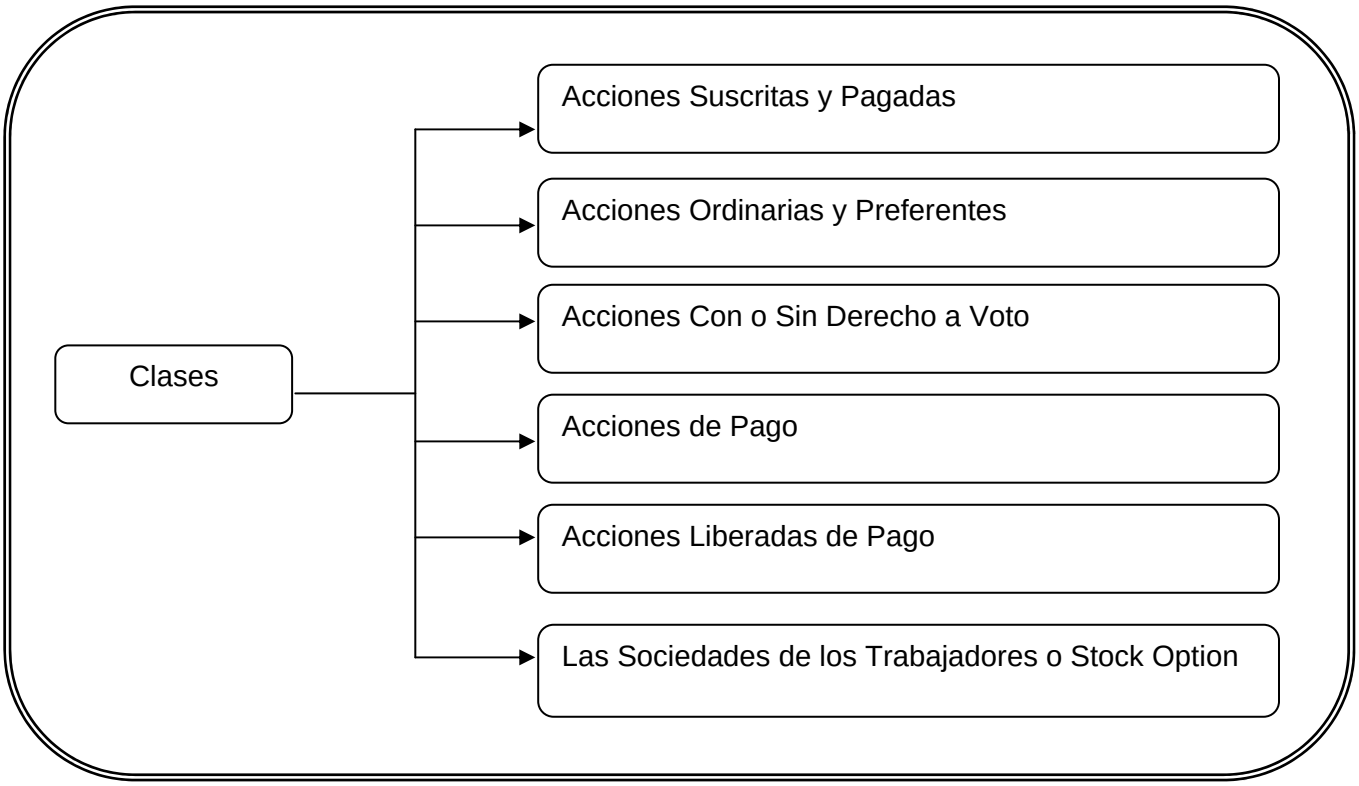
Figura Nº 6: Valor de las Acciones



- Clases de Acciones

Existen distintas clasificaciones de las acciones que las distinguen y caracterizan, éstas se examinaran a continuación:

Figura Nº 7: Clases de Acciones



A continuación se explicarán cada una de las clases de acciones enunciadas en la figura anterior.

a) Las Acciones Suscritas y Pagadas

Cabe señalar que las acciones suscritas se las puede definir como:

> Aquellas que el titular o suscriptor se obliga a pagar de forma inmediata o en un plazo posterior que se fije. La extensión máxima del plazo posterior es de tres años, de lo contrario se entiende reducido el capital.

En relación a las acciones pagadas se las pueden definir de la siguiente manera:

> Como aquellas respecto de las cuales se ha cumplido la obligación de aportar, y que por lo tanto confieren al suscriptor todos los derechos y obligaciones de su calidad de accionista.

Las acciones cuyo valor se encuentre suscrito pero no totalmente pagado, sólo concurrirán en proporción a la parte pagada en la participación que le corresponda en los beneficios sociales y devoluciones del capital. En lo demás tienen iguales derechos que los íntegramente pagados, todo esto sin perjuicio de lo que impongan los estatutos. Cabe señalar que esta norma recoge el principio de evitación de enriquecimiento sin causa, ya que recibirá beneficios económicos sólo según lo que ha pagado.

b) Las Acciones Ordinarias y Preferentes

Respecto de las acciones ordinarias, éstas se las define como:

> Aquellas respecto de las cuales rige claramente el principio de igualdad, en el sentido que otorgan a su titular idénticos derechos y obligaciones.

En relación a las acciones preferentes o privilegiadas, éstas se conceptualizan como:

> Aquellas en que se rompe el principio de igualdad porque confieren a sus titulares mayores o menores derechos de las acciones ordinarias u otras acciones preferentes. Sin embargo, cabe destacar que conservan dentro de la serie iguales prerrogativas.

Cabe señalar que las preferencias no pueden afectar derechos esenciales de los otros accionistas, lo que implicaría la desnaturalización de la sociedad. Así, según el artículo 30 de la ley 18.046, los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas. La ley prohíbe estipular preferencias sin precisar su plazo de vigencia y las prohíbe cuando consistan en el otorgamiento de dividendos que no provengan de utilidades del ejercicio o retenidas o de sus respectivas revalorizaciones.

Ahora, las preferencias deben constar en el estatuto; en el extracto de la escritura y se debe hacer una referencia a ella en el título de las acciones, así lo señalan los artículos 4º número 5, 5º número 6 y 19 respectivamente de la ley 18.046 y del reglamento sobre sociedades anónimas.

En este contexto la ley de “opas”[7] expresamente autorizó a las sociedades anónimas para tener acciones con preferencias o privilegios, consistentes en una preeminencia en el control de la sociedad. Esta preferencia debe constar en los estatutos, siendo la ley la que determina su plazo máximo es de cinco años, sólo prorrogable por acuerdo de junta extraordinaria de accionistas.

[7] Oferta pública de adquisición de acciones.

En el supuesto de duda respecto de la adquisición de pleno derecho a voto, tratándose de sociedades anónimas abiertas, el conflicto será resuelto administrativamente por la superintendencia con audiencia del reclamante y de la sociedad. Por el contrario en la sociedad anónima cerrada se resolverá por árbitro o por la justicia ordinaria, en procedimiento sumario o en única instancia, sin ulterior recurso, así lo dispone el artículo 21 de la ley 18.046.

c) Las Acciones Con o Sin Derecho a Voto

La regla general en la legislación chilena es que cada accionista dispondrá de un voto por cada acción que posea o represente. En consecuencia, la votación dice relación con el capital y no con la persona. Sin embargo, se permite la existencia de acciones sin derecho a voto o con voto limitado.

Cabe señalar que las acciones sin derecho a voto o con voto limitado en aquellas materias que carezcan de derecho a voto, no se computan para el cálculo de los quórum para cesionar o de votación en las juntas de accionistas. Además la limitación al voto de las acciones preferentes debe estipularse en los estatutos.

Las acciones ordinarias por esencia siempre tienen derecho a voto, no se permite estipulación estatuaria que elimine este derecho. Tampoco tienen derecho a voto las acciones que la sociedad posea y que sean de su propia emisión, cuando éstas han sido adquiridas según lo que dispone el artículo 27 de la ley sobre sociedades anónimas.

d) Las Acciones de Pago

Las acciones de pago se las pueden definir de la siguiente manera:

> Son aquellas que se enteran (se pagan) a la sociedad con aportes en dinero u otros bienes con el suscriptor de ellas. Cuando nada se expresa en los estatutos, se entiende que el pago debe ser en dinero efectivo.

Con respecto al valor de colocación de la acción de pago, es aquel que determine libremente la junta de accionistas y al cual se ofrecen las acciones emitidas por la sociedad. En otras palabras es el precio de las acciones del contrato de suscripción, así lo regulan los artículos 26 de la ley 18.046 y 28 del reglamento sobre sociedades anónimas.

Si las acciones tienen valor nominal y el precio de colocación es superior a dicho valor, el mayor valor deberá ser destinado o ser capitalizado, y no podrá ser distribuido como dividendos entre los accionistas. Dado lo anterior se forma entonces un fondo de reserva, al cual tienen derecho todos los accionistas. Si el valor de colocación es inferior al valor nominal, la diferencia debe registrarse como pérdida en los resultados sociales.

Conforme a lo que establece el artículo 32 del reglamento, en aquellas sociedades cuyas acciones no tengan valor nominal, el mayor o menor valor que se obtenga en las colocaciones de acciones de pago por sobre o bajo el valor libro, afecta directamente en el patrimonio social.

Para finalizar, en una sociedad anónima pueden existir fondos provenientes de utilidades no repartidas sobre los cuales tienen derecho todos los accionistas. Estos fondos en cualquier momento pueden ser capitalizados, previa reforma de los estatutos por medio de la emisión de acciones si lo tuviere. También pueden ser destinados al pago de dividendos eventuales en ejercicios futuros.

e) Las Acciones Liberadas de Pago

Las acciones liberadas de pago se las puede definir como:

Aquellas que no pagan directamente los accionistas como consecuencia de la suscripción, sino que se pagan con fondos sociales provenientes de utilidades en ejercicio, o en ejercicios anteriores, llamadas *retenidas*.

La emisión de acciones liberadas de pago son entonces una forma de expresar un aumento del capital social. Las acciones liberadas emitidas por la sociedad, se distribuyen entre los accionistas a prorrata (por partes iguales) de las acciones que poseen inscritas en el registro de accionistas el quinto día hábil siguiente anterior a la fecha del reparto. La idea es que todos los accionistas se beneficien del capital con respecto a las utilidades.

Las sociedades anónimas, no pueden vender en el mercado las acciones liberadas de pago, pero si lo pueden hacer los socios en particular.

f) Las Sociedades de los Trabajadores o Stock Option

Con esta institución se establece la posibilidad que en virtud de planes de compensación laboral, los trabajadores de una sociedad anónima abierta adquieran acciones de la empresa en que trabajan. Por lo tanto, este mecanismo es una forma de hacer partícipes a los trabajadores en la propiedad de la empresa en que laboran.

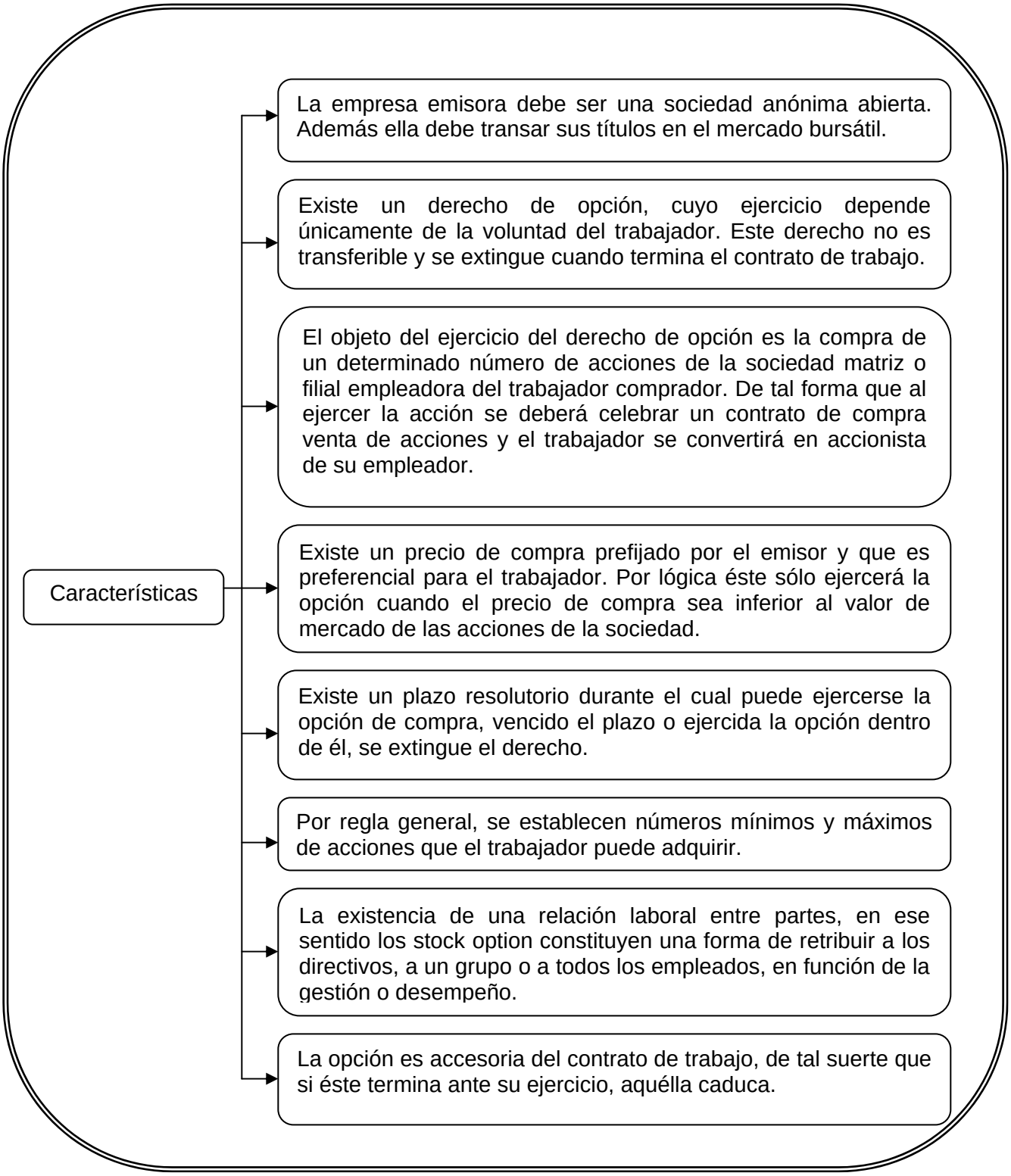
El objetivo central es generar el sentido de la propiedad e identificación, y a la vez, crear vínculos con la sociedad, lo que se supone incrementará la producción e implicará una baja en la votación del personal.

La ley sobre sociedades anónimas no define los Stock Option, sin embargo pueden ser estos entendidos como un sistema de compensación laboral, mediante el cual se otorga al trabajador la facultad de ejercer la opción de compra en un plazo predeterminado y a un precio preferente.

Cabe señalar que también pueden adquirir este tipo de acciones las sociedades anónimas abiertas con la cual se relacionan directa o indirectamente a través de un contrato de trabajo.

Los stock option se caracterizan de la siguiente manera, a saber:

Figura Nº 8: Características de los Stock Option



La legislación nacional estableció dos formas de implementar los planes de compensación laboral, así lo establece el inciso 3, 4 y final del artículo 24 y 27 C de la ley 18.046, éstas son:

1) Mediante el Aumento del Capital de la Sociedad Anónima. En este caso adoptado un acuerdo sobre aumento de capital puede contemplarse que hasta el 10% de su monto se destine a planes de compensación de sus trabajadores o de sus filiales, y en esa parte los accionistas no gozarán de la opción preferente de suscripción de acciones que confiere el artículo 25 de la ley ya citada. Cuando los accionistas no ejercen en todo o en parte su derecho preferente de suscribir el resto de acciones en un aumento de capital, el saldo no suscrito puede ser destinado también a planes de compensación de trabajadores si así lo hubiere acordado la junta de accionistas.

   El plazo para suscribir o pagar las acciones por los trabajadores puede extenderse hasta por cinco años contados desde el acuerdo de la junta de accionistas respectiva.

2) Una segunda forma de implementar en plan de compensación laboral es a través de la Adquisición de Acciones de Propia Emisión. Ésta opera cuando una sociedad anónima abierta que tenga transacción bursátil previo acuerdo de la junta extraordinaria de accionistas adquiere acciones de propia emisión, las que dentro del plazo de 24 meses desde la adquisición son usadas para cumplir un programa de compensación a trabajadores de la sociedad. Respecto de las acciones contempladas en un plan no opera la oferta preferente a los accionistas.

   Las acciones no permitidas en la legislación chilena son las siguientes:

   a) Las acciones a la orden o al portador.

   b) Las acciones de industria, referidas a aportes consistentes en trabajo personal, así lo señala el artículo 13 de la ley 18.046.

   c) Las acciones de organización, relativas a aportes consistentes en labores de organización o dirección de una sociedad, mismo artículo citado.

CLASE 05

- Transferencia de Acciones

Las acciones representan el capital que el accionista tiene en la sociedad. Además representan su derecho económico y político dentro de la sociedad anónima, así lo establece el artículo 14 de la ley 18.046, el cual señala que el principio rector en materia de transferencia de acciones es la libre cesión en el sentido que en sus estatutos las sociedades anónimas abiertas no pueden contener disposiciones que limiten la libre cesión de las acciones. Esto se

conoce como un principio de la libre cedibilidad de las acciones, que en el caso de las sociedades anónimas abiertas es absoluto, pero que no regirá para las sociedades anónimas cerradas dada la naturaleza casi familiar que presenta.

Cabe señalar que en las sociedades anónimas abiertas y cerradas se faculta para estipular pactos particulares entre los accionistas, relativos a la cesión de acciones. Estos pactos deben ser depositados en la sociedad y estar a la disposición de los demás accionistas y terceros interesados, y se debe hacer referencia a ellos en el Registro de Accionistas, de lo contrario se tiene por no escritos.

En resumen, las restricciones estatutarias están permitidas en las sociedades anónimas cerradas y se encuentran prohibidas en las sociedades anónimas abiertas. En cambio, las restricciones convencionales están permitidas en ambos tipos de sociedades, cumplidos ciertos requisitos.

En general cualquiera sea la restricción, ya se encuentre estipulada en los estatutos para las sociedades anónimas cerradas o en pactos particulares para cualquier sociedad anónima, se requiere en opinión de Álvaro Puelma, lo siguiente:

1) Que se trate de restricciones y no de condiciones imposibles de cumplir que afectarían la esencia del derecho a transferir, implicando por tanto, la supresión del mismo.

2) Dicha restricción debe cumplir con las normas generales de objeto y causa lícita, no pudiendo afectar derechos adquiridos de los accionistas.

De esta manera por ser la acción, para la legislación chilena, un título valor nominativo debiera bastar para su transferencia la inscripción en el Registro de Accionistas y la emisión del título respectivo. Sin embargo la transferencia de una acción ya emitida por la sociedad y cuyo título se encuentra a nombre del suscriptor se efectúa conforme al artículo 15 del reglamento sobre sociedades anónimas, de alguna de las siguientes formas, a saber:

a) Por escritura pública suscrita por el cedente o cesionario.

b) Por escritura privada firmada por el cedente o cesionario, ante dos testigos mayores de edad, ante Corredor de Bolsa o Notario Público.

El documento en el cual se materializa la cesión de denomina *traspaso*, y se entiende por tal un modo de adquirir, que es la tradición de las acciones y el título puede ser compraventa; donación; permuta; entre otros.

Respecto del título se aplican las normas generales, ya que la ley 18.046 sólo regula la transferencia o cesión de acciones. En la práctica pueden extenderse dos documentos independientes, por ejemplo uno que contenga una compraventa, el traspaso o título y el modo que pueden estar contenidos en el mismo instrumento.

Cumplidos los requisitos del artículo 15 del reglamento, la transferencia produce efectos entre las partes. Para que el traspaso produzca efectos para la sociedad y frente a terceros, es necesario practicar la inscripción en el Registro de Accionistas mediante el contrato de cesión y del título de las acciones.

Cabe señalar que la jurisprudencia administrativa de la superintendencia ha señalado que la exigencia de inscripción en el Registro de Accionistas sólo está establecida para ser oponible a la sociedad y a terceros, la cesión de las acciones no constituye la tradición de los mismos.

Otro elemento que se debe tener presente se encuentra establecido en el inciso segundo del artículo 12 de la ley sobre sociedades anónimas, conforme al cual a la sociedad no le corresponde pronunciarse sobre la transferencia y está obligado a inscribir sin más trámites los traspasos que se le presenten, siempre que éstas se ajusten a las formalidades mínimas que establece el reglamento. Este principio se repite en el artículo 16 del reglamento, el cual contempla como excepción que habilitaría la no inscripción inmediata del hecho que los traspasos no se ajusten a las formalidades del artículo 15 del reglamento.

Para el caso de producirse dificultades con motivo de la tramitación o inscripción de traspaso de las sociedades anónimas abiertas, se resuelve administrativamente por la superintendencia, con audiencia de las partes.

Cuando las acciones que se traspasan se encuentran suscritas, pero no pagadas, son solidariamente responsables de su pago el cedente con el cesionario, debiendo constar en el título las condiciones de pago de las acciones. Cabe señalar que respecto del traspaso es necesario remplazar los títulos de las acciones debiendo inutilizarse los títulos anteriores antes de la emisión de los nuevos, así lo establece el artículo 20 del reglamento.

Continuando con lo anterior la superintendencia puede autorizar a la sociedad sometida a su control, el establecimiento de sistemas que sustituyan la obligación de emitir títulos o que simplifique en casos calificados la forma de efectuar las transferencias de las acciones, siempre que se resguarden debidamente los derechos de los accionistas.

Finalmente de acuerdo al artículo 22 establece un principio en materia de transferencia de acciones, conforme al cual el adquirente debe aceptar los estatutos sociales, los acuerdos adoptados por las juntas de accionistas y debe pagar los saldos insolutos de las acciones adquiridas.

- Transmisión de Acciones

En caso de transmisión por causa de muerte[8], el asignatario de acciones para poder inscribir las acciones a su nombre (y hacer valer su dominio), previamente debe exhibir a la sociedad el testamento inscrito si hubiere o la inscripción del auto de posesión efectiva de la herencia y del respectivo acto de adjudicación. De todo esto se toma nota al margen de la inscripción en el Registro de Accionistas aplicándose también el principio establecido en el artículo 12 y 16 del reglamento. En consecuencia, a la sociedad no le corresponde pronunciarse sobre la transmisión de acciones.

Además, las acciones inscritas a nombre de personas fallecidas cuyos herederos o legatarios no las registren a su nombre en el plazo de cinco años contados desde el fallecimiento del accionista titular, serán vendidas por la sociedad, así lo señala el artículo 18 y 23 del reglamento.

Los dineros que se obtengan de la venta, en remate en bolsa de valores permanecerán a disposición de los herederos o legatarios de la respectiva asociación por cinco años más contados desde la venta. Durante este plazo se reajustan y devengan intereses, vencido este plazo, si los dineros no son reclamados pasan a pertenecer a bomberos.

Realice ejercicios nº 17 al 19

CLASE 06

3. AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Es importante destacar que el capital en las sociedades anónimas puede ser aumentado o disminuido en forma convencional o de pleno derecho. Para Álvaro Puelma los aumentos o disminuciones convencionales constituyen un derecho que tienen las sociedades y sus accionistas para aumentar los negocios sociales o cubrir eventuales pérdidas, y este derecho deriva del libre ejercicio de la actividad económica que reconoce el artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República.

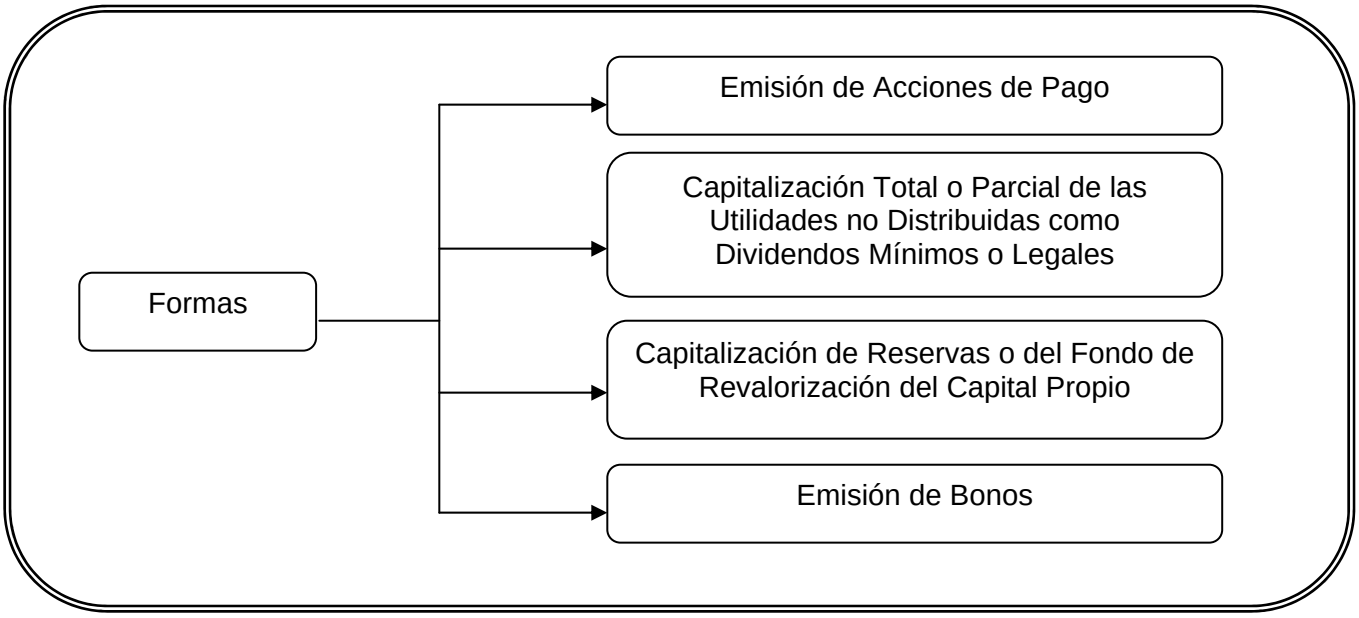
A continuación, se revisarán cada uno de los aumentos y disminuciones del capital de una sociedad anónima.

– El Aumento Convencional del Capital. Por encontrarse el capital expresado en la escritura de constitución implica una reforma de los estatutos, que debe ser acordado en junta

[8] Modo de adquirir el dominio, en donde el asignatario, heredero o legatario ha recibido acciones por la muerte de otra persona.

extraordinaria de accionistas. Las formas de efectuar los aumentos convencionales son los que se mencionan en la siguiente figura:

Figura Nº 9: Formas de Efectuar los Aumentos Convencionales



A continuación se explican las distintas formas de aumentar convencionalmente el capital.

1) La primera forma de aumentar convencionalmente el capital, es mediante la emisión de acciones de pago. Si se trata de una sociedad anónima cerrada, el artículo 27 del reglamento establece que antes de emitir las acciones deben capitalizarse todas las reservas sociales de utilidades y de revalorizaciones existentes a la fecha. Cuando la sociedad tiene pérdidas acumuladas las utilidades del ejercicio y las reservadas deben ser destinadas primero a absolverlas.

   Las acciones de pago que emitan las sociedades anónimas deben ofrecerse al precio que determine libremente la junta de accionistas, así lo señala el artículo 26 de la ley 18.046.

   Cabe señalar que una vez emitidas las acciones deben ofrecerse por lo menos una vez preferentemente a los accionistas, a prorrata de las acciones que poseen inscritas a su nombre al quinto día hábil anterior a la fecha de publicación de la opción de suscripción, así lo establece el artículo 25 de la ley y el artículo 29 del reglamento. Sólo después que los accionistas han rechazado la opción o ha vencido el plazo de ella sin pronunciamiento, las acciones pueden ser ofrecidas a terceros.

   Continuando con lo anterior cuando la sociedad se somete a las reglas de las sociedades anónimas abiertas y existen dudas, la superintendencia es quién se pronunciará sobre ese caso. Los acuerdos de las juntas de accionistas sobre aumento

de capital deben fijar un plazo para la suscripción y pago, este plazo no puede ser superior a tres años. Vencido dicho plazo el aumento del capital se reduce a lo respectivamente pagado. La regla señalada anteriormente tiene dos excepciones, las cuales son:

a) En el caso de que la sociedad anónima emita bonos convertibles en acciones, deben reservarse en el aumento de capital un margen de acciones no suscritas para cumplir con la opción de los bonos cuando éstas sean exigibles conforme a las condiciones de su emisión.

b) Cuando el aumento del capital considera un porcentaje no superior al 10% de las acciones para planes de compensación laboral, en este caso el plazo para suscribir y pagar las acciones por los trabajadores puede extenderse hasta por cinco años contados desde la junta de accionistas respectivas.

Estos aumentos de capital, por medio de la emisión de acciones de pagos, se pueden enterar (pagar) en dinero efectivo o en otros bienes distintos del dinero. En este último caso, salvo acuerdo unánime de las acciones emitidas se requiere tasación pericial y que las juntas de accionistas aprueben el aporte y las estimaciones, así lo señala el artículo 15 inciso final de la ley.

2) Una segunda forma de aumento convencional de capital, puede realizarse a través de la capitalización total o parcial de las utilidades no distribuidas como dividendos mínimos o legales obligatorios u adicionales. La ley no obliga a las sociedades anónimas a distribuir entre sus accionistas anualmente todas las utilidades que obtenga. En consecuencia, la parte no distribuida como dividendo puede ser invertida, reservada o capitalizada. En este último caso se requiere que una junta extraordinaria de accionistas acuerde la capitalización que implica la reforma de estatutos. Hecha la capitalización, ésta se puede materializar por medio de la emisión de acciones liberadas o por el aumento del valor nominal de las acciones si lo tuviere.

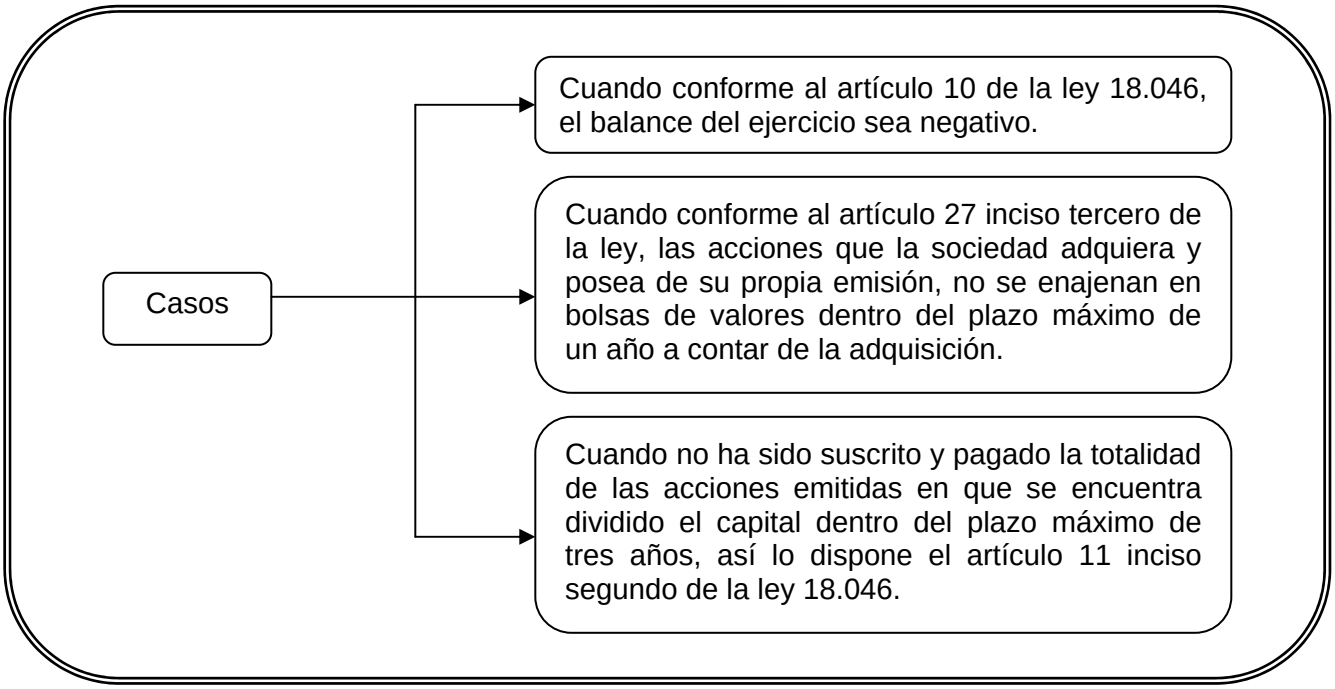
3) La tercera forma de aumentar el capital en forma voluntaria es través de la capitalización de reservas o del fondo de revalorización del capital propio y de los demás fondos susceptibles de ser capitalizados. La ley permite que la sociedad aumente su capital, capitalizando los distintos fondos que pueda tener y ésta se manifiesta emitiendo acciones liberadas de pago u aumentando el valor nominal de las acciones si lo tiene.

4) Respecto de la última forma de aumentar el capital en forma voluntaria, se puede encontrar la denominada emisión de bonos. Los bonos son títulos de deudas de largo plazo que emiten las sociedades para financiar actividades productivas cuando no les interesa aumentar el número de sus accionistas. El sujeto que adquiere el bono se denomina tenedor, y se convierte en acreedor de la sociedad. Los bonos son títulos a largo plazo que no confieren derechos de accionistas. Cabe señalar que excepcionalmente se pueden emitir bonos que otorguen al tenedor al tiempo del vencimiento, la opción de recibir su importe o suscribir acciones de la sociedad.

La emisión de bonos representa una forma de financiamiento para la sociedad. Se trata también de valores de oferta pública (se pueden colocar en el mercado, se deben inscribir en el Registro de Valores, antes de la oferta).

– La Disminución de Capital de Pleno Derecho. El capital social puede disminuir por la sola disposición de la ley en determinados casos. Los casos de disminución de pleno derecho, se muestran en la siguiente figura.

Figura Nº 10: Casos donde Disminuye el Capital de Pleno Derecho



Como estas disminuciones operan de pleno derecho no implica la reforma de los estatutos y en consecuencia no deben tener las formalidades de las mismas, en especial no se requiere acuerdo en junta extraordinaria de accionistas. De esta manera el artículo 33 del reglamento exige que cada vez que se produzca una disminución de pleno derecho del capital social, el gerente de la sociedad debe dejar constancia de la misma por escritura pública anotada al margen de la inscripción social, dentro de los 60 días siguientes a la ocurrencia del hecho que la motiva.

Continuando con lo anterior en términos generales una sociedad anónima no puede adquirir acciones propias que ella haya emitido. Sin embargo, existen excepciones como los stock option y lo establecido en el artículo 27 del Código de Comercio.

Para este último caso, el artículo ya citado obliga a la sociedad a que enajene esas acciones adquiridas en Bolsa de Valores, en un plazo de un año, si no se cumple con ello se entiende reducido de pleno derecho su capital.

Por Ejemplo

La sociedad tiene un capital de $100 y hay diez socios. Se compran dos acciones a dos socios de los diez, a $10 cada una. Si esas acciones no se venden en una año en la Bolsa de Valores, se perderán esas acciones y como se sabe el capital social disminuye a $80.

- La Disminución del Capital Convencional. La disminución de capital, a diferencia del aumento es una cuestión que no sólo interesa a los accionistas, sino también a terceros. Por ello, la ley establece un sistema de publicidad.

  Cabe señalar que la disminución del capital de la sociedad implica una reforma de los estatutos. En consecuencia, es materia de junta extraordinaria de accionistas, así lo dispone el artículo 57 inciso segundo de la ley y debe ser adoptado por los 2/3 de las acciones emitidas con derecho a voto.

  Continuando con lo anterior este acuerdo debe reducirse a escritura pública, cuyo extracto debe publicarse en el diario oficial, dentro de los 10 días siguientes a dicha publicación, además debe publicarse otro aviso destacado en un diario de circulación nacional en el que se informe al público el hecho de la disminución del capital y su monto.

  Esta disminución de capital debe reflejarse externamente, por ello la ley establece que después de transcurrido 30 días desde la publicación en el diario oficial se puede proceder al reparto o devolución de capital o a la adquisición de acciones con que dicha disminución pretenda llevarse a efecto, así lo señala el artículo 28 en relación con el 27 número tres de la ley 18.046. El plazo de 30 días se otorga para dar tiempo a terceros y a los accionistas minoritarios para que ejerzan los derechos que les correspondan.

  Las formas de realizar la disminución de capital de forma convencional es la siguiente:

  1) Disminuir el valor nominal de las acciones y devolver la diferencia a los accionistas, por eso se habla de repartos o devoluciones de capital.

  2) Mediante la compra por la sociedad de acciones de propia emisión.

  En la práctica también se da un caso de disminución no tratado por el legislador ocurrido cuando la sociedad experimenta pérdidas que no puede compensar con utilidades retenidas o reservadas. En este caso, necesariamente debe absorber la pérdida con una disminución de capital, ya que la pérdida ha afectado su patrimonio.

  Para finalizar cabe destacar que el artículo 69 del Código Tributario establece que no puede efectuarse disminución de capital en las sociedades, sin la autorización previa del Servicio de Impuesto Internos. En el caso de quiebra de la sociedad, los créditos de los

acreedores sociales, cualquiera sea la clase a que pertenezcan, prevalece sobre los créditos que posean los accionistas en razón de una disminución del capital. Cuando la sociedad ya hubiera efectuado pagos a los accionistas en razón de la disminución de capital, la masa de acreedores de la sociedad fallida puede revocarlos conforme a la ley de quiebras.

– El Aumento de Pleno Derecho. El capital y el valor de las acciones se entiende modificado de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas aprueba el balance de ejercicio.

Cabe señalar que el balance debe expresar el nuevo capital y el valor de las acciones resultante de la distribución de la revalorización del capital propio, para ello el directorio al someter el balance del ejercicio a consideración de la junta, debe previamente distribuir en forma proporcional la revalorización del capital propio entre las cuentas del capital pagado de las utilidades retenidas y otras cuentas representativas del patrimonio.

Esta distribución proporcional de la revalorización entre las cuentas del capital pagado, utilidades retenidas y otras cuentas representativas del patrimonio deberá efectuarse de manera que se respeten los montos y la permanencia de cada cuenta. Una vez aprobada la distribución por la junta de accionistas el capital de la sociedad y el valor nominal de sus acciones si lo hubiere, aumentará en la misma proporción que lo hiciere el capital pagado.

En consecuencia, la capitalización proporcional de la revalorización del capital propio no afecta el número de acciones emitidas por la sociedad, sino que sólo incrementa el capital social, el capital pagado de la sociedad y el valor de las acciones, favoreciendo incluso a las acciones que la sociedad posea de propia emisión y que haya adquirido de conformidad al artículo 6 del reglamento.

Si la sociedad al tiempo de la revalorización tiene una parte del capital aún no suscrita debe aumentar la proporción correspondiente, colocarla dentro del plazo originalmente establecido en los estatutos para el entero del capital inicial o del aumento de capital que estuviere pendiente, así lo dispone el artículo 9 del reglamento.

Cualquiera sea la variación que experimente el capital social producto de la revalorización, no afectará lo pactado en los contratos de suscripción de acciones respecto del precio convenidos para ellas, ya sea en relación a su monto, reajustes, intereses, plazo de pago o cualquier otra circunstancia.

- Adquisición de Acciones de Propia Emisión

El principio general en materia comercial es que la sociedad anónima no puede adquirir sus propias acciones porque significaría una autoadquisición. Como consecuencia de lo anterior y en forma excepcional las sociedades anónimas pueden adquirir y poseer acciones

de su propia emisión cuando la respectiva adquisición sea consecuencia de las circunstancias que enumera el artículo 27 de la ley 18.046, a saber:

1) Cuando la adquisición resulte del ejercicio del derecho de retiro. Bajo las circunstancias determinadas en el artículo 69 de la ley, los accionistas pueden retirarse de la sociedad y en ese evento ésta debe adquirir sus acciones.

2) Cuando la adquisición resulte de la fusión con otra sociedad que sea accionista de la sociedad absorbente.

La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que la sucede en todos sus derechos y obligaciones.

3) Cuando la fusión se realiza mediante la absorción de una sociedad por otra, y la absorbida es accionista de la absorbente, esta última está adquiriendo necesariamente una porción de acciones de propia emisión. Las acciones adquiridas en virtud del artículo 27 de la ley, no pueden permanecer indefinidamente en poder de la sociedad y deben venderse en bolsa de valores, previa oferta preferente a los accionistas, todo dentro del plazo del año siguiente a la adquisición, de lo contrario el capital social quedará disminuido de pleno derecho.

4) Cuando la adquisición permita cumplir una reforma de estatuto de disminución de capital, y la cotización de las acciones en el mercado fuera inferior al valor de rescate que proporcionalmente corresponda pagar a los accionistas. Cuando se ha acordado una disminución convencional del capital ésta puede llevarse a cabo devolviendo capital a los accionistas o adquiriendo acción de propia emisión.

5) La ley de Opas, incorporó una nueva situación que le permite a las sociedades cuyas acciones tengan transacción bursátil, adquirir y poseer acciones de propia emisión cuando la adquisición permita cumplir un acuerdo en junta extraordinaria de accionistas. Para que opere esta última situación es necesario que se den ciertos requisitos, a saber:

   a) Que sea acordado por las 2/3 partes de las acciones emitidas con derecho a voto en junta extraordinaria de accionistas.

   b) Que la adquisición se haga sólo hasta el monto de las utilidades retenidas.

   c) Que la adquisición se haga en proporción al número de acciones de cada serie que tenga transacción bursátil cuando la sociedad tenga serie de acciones.

   d) Que sólo se adquieran acciones totalmente pagadas y libres de todo gravamen y prohibición.

Continuando con lo anterior cabe señalar que la junta que acuerde la adquisición debe pronunciarse sobre el porcentaje máximo a adquirir y sobre el objetivo y duración del programa de adquisición que no puede ser superior a tres años.

La adquisición de las acciones puede llevarse a cabo en la bolsa de valores con una oferta dirigida a todos los accionistas o mediante una oferta pública de adquisición. Las acciones deben ser enajenadas por la sociedad dentro del plazo de 24 meses a contar de la adquisición, bajo la sanción que el capital quedará disminuido de pleno derecho. Antes de enajenarlas la sociedad debe realizar una oferta preferente a sus accionistas conforme el artículo 25 de la ley 18.046, salvo cuando utilice dichas acciones para cumplir un programa o plan de compensación para trabajadores o cuando la venta de acciones no supere el 1% del capital accionario de la sociedad, siempre que en ambos casos exista aprobación por la junta de accionistas.

Cuando la sociedad que pretende la adquisición de sus propias acciones es un banco, deberá requerir autorización previa a la superintendencia de bancos e instituciones financieras. Para cualquier tipo de acciones adquiridas de propia emisión, las acciones no se computarán para los quórum de constitución de las juntas de accionistas. No tendrán derecho a voto; no tendrán derecho de dividendos y no tienen derecho a suscripción preferente en el aumento de capital. Estas limitaciones de derecho duran mientras las acciones permanezcan en poder de la sociedad.

CLASE 07

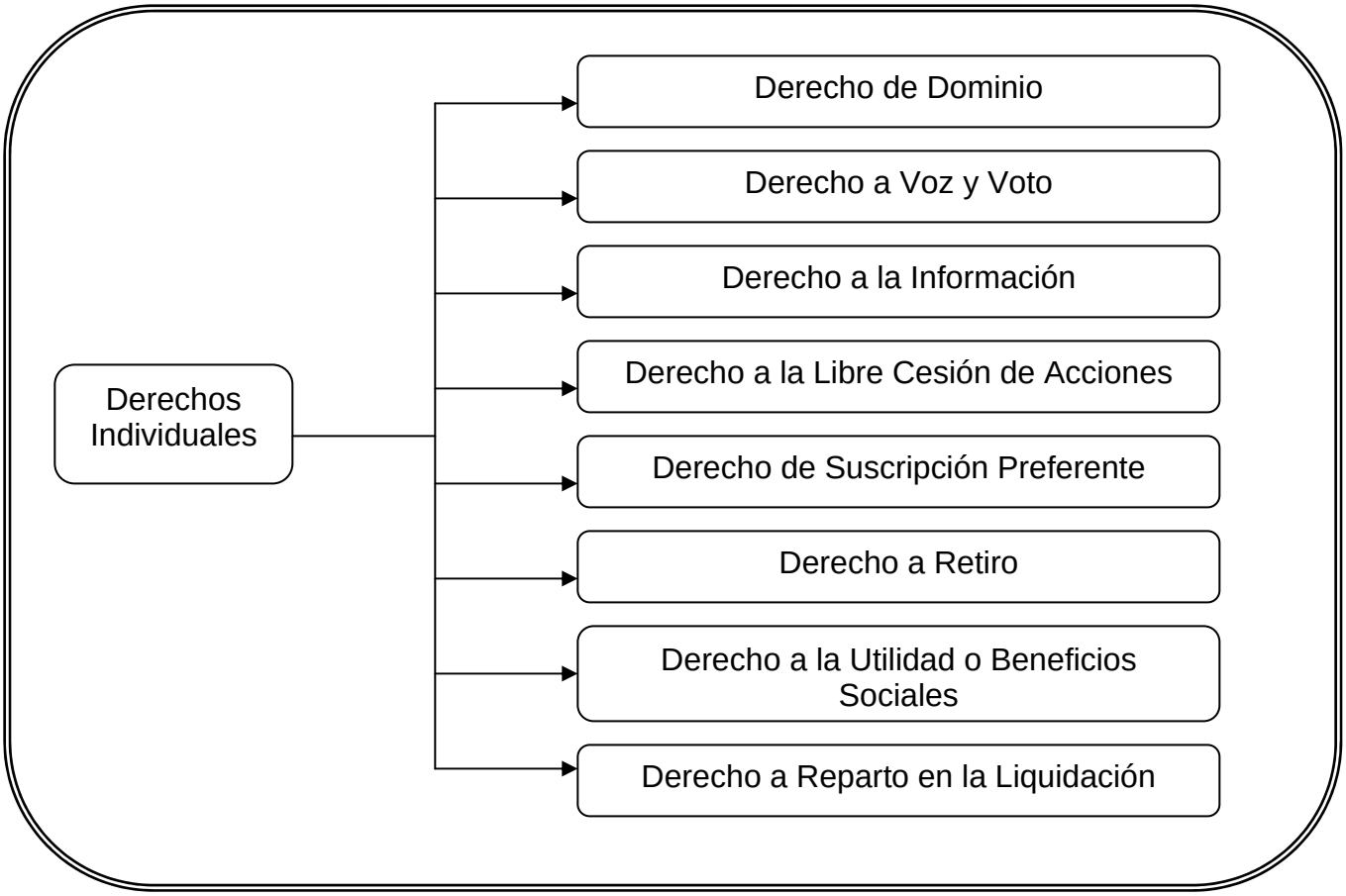
4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS

Por un lado se pueden encontrar los derechos de los accionistas los cuales se diferencian entre los derechos individuales y los colectivos. Y por otro, las obligaciones que deben cumplir los accionistas pertenecientes a una sociedad anónima. A continuación se comenzará el estudio de los derechos individuales que poseen los accionistas de una sociedad anónima.

- Derechos Individuales de los Accionistas

Cabe señalar que existen distintos tipos de derechos de los cuales disponen los accionistas. Por lo tanto se pueden encontrar derechos colectivos e individuales, estos últimos se esquematizarán en la siguiente figura:

Figura Nº 11: Derechos Individuales de los Accionistas



Continuando con lo anterior se desarrollarán cada uno de los derechos individuales que poseen los accionistas dentro de una sociedad anónima.

a) El Derecho de Dominio. Todo accionista tiene plena propiedad sobre las acciones de los cuales es titular, en consecuencia, puede usar, gozar y disponer de ellas. Por ello puede transferir o gravar sus acciones al igual que el resto de los bienes que posee, sin que la sociedad pueda pronunciarse sobre la transferencia o traspaso. El accionista que adquiere sus acciones por algún modo legal puede exigir la inscripción en el registro de accionistas de la sociedad siendo procedente el recurso de protección cuando un acto arbitrario o ilegal de la sociedad afecte o limite sus derechos de dominio. El artículo 100 de la ley sobre sociedades anónimas refuerza este derecho estableciendo que ningún accionista puede perder su calidad de tal, como consecuencia de actos que realice la sociedad, a menos que consienta en ello.

b) El Derecho a Voz y Voto. Se trata de un derecho político dentro de la sociedad que permite a los accionistas participar en las decisiones sociales, éste se ejerce en las juntas de accionistas. Por regla general, a cada acción le corresponde un voto aún cuando no se

encuentre pagada, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, así lo señala el artículo 21 inciso 1º y 16 inciso final de la ley 18.046. En consecuencia, una acción no puede tener más de un voto. Se encuentran prohibidas en la legislación chilena la acción con voto múltiple.

Cabe señalar que para ejercer el derecho, es presupuesto básico que las acciones se encuentren inscritas a nombre del titular en el registro de accionistas con cinco días de anticipación a aquel en que vaya celebrarse la respectiva junta. El derecho puede ejercerse personalmente por el titular de la acción o por medio de un representante que puede ser un accionista o un extraño.

El embargo sobre las acciones o la constitución de prenda[9] sobre ella, no priva al accionista de su derecho a voz y voto. En el caso de prenda sólo se modifica su forma de ejercicio conforme al artículo 65 de la ley ya citada. En el caso de las acciones que están constituidas en usufructo[10], el ejercicio al derecho a voto corresponde conjuntamente, salvo estipulación en contrario, al usufructuario (el que usufructúa) y al nudo propietario (dueño).

En este contexto se debe señalar que estas acciones no son consideradas para el cálculo de los quórums y las mayorías requeridas en las juntas. En este sentido se recupera el derecho a voto cuando cesa uno de los hechos mencionados. Los titulares de las acciones sin derecho a voto o con derecho a voto limitado en aquellas materias relativas a la limitación, pueden participar en las juntas con derecho a voz, al igual que los gerentes y directores que no sean accionistas.

En cuanto a la naturaleza jurídica del ejercicio del derecho a voto, se trata de un acto jurídico unilateral (que proviene de una sola parte) por medio del cual el accionista manifiesta su voluntad frente a una moción presentada por la junta.

c) El Derecho a la Información. Al igual que el derecho anterior, se trata de un derecho político dentro de la sociedad, el que permite al accionista tomar conocimiento de la marca de los negocios sociales como propietario de la empresa. Cabe destacar que la regla general que se aplica en las sociedades anónimas, es el pleno derecho a la información.

Excepcionalmente la ley de mercado de valores contempla la posibilidad que el directorio de las sociedades inscritas en el Registro de Valores puedan por el acuerdo de las ¾ partes de directores en ejercicio dar el carácter de reservado a ciertos hechos y antecedentes que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse puedan perjudicar el interés social. A esto se le denomina Información Reservada.

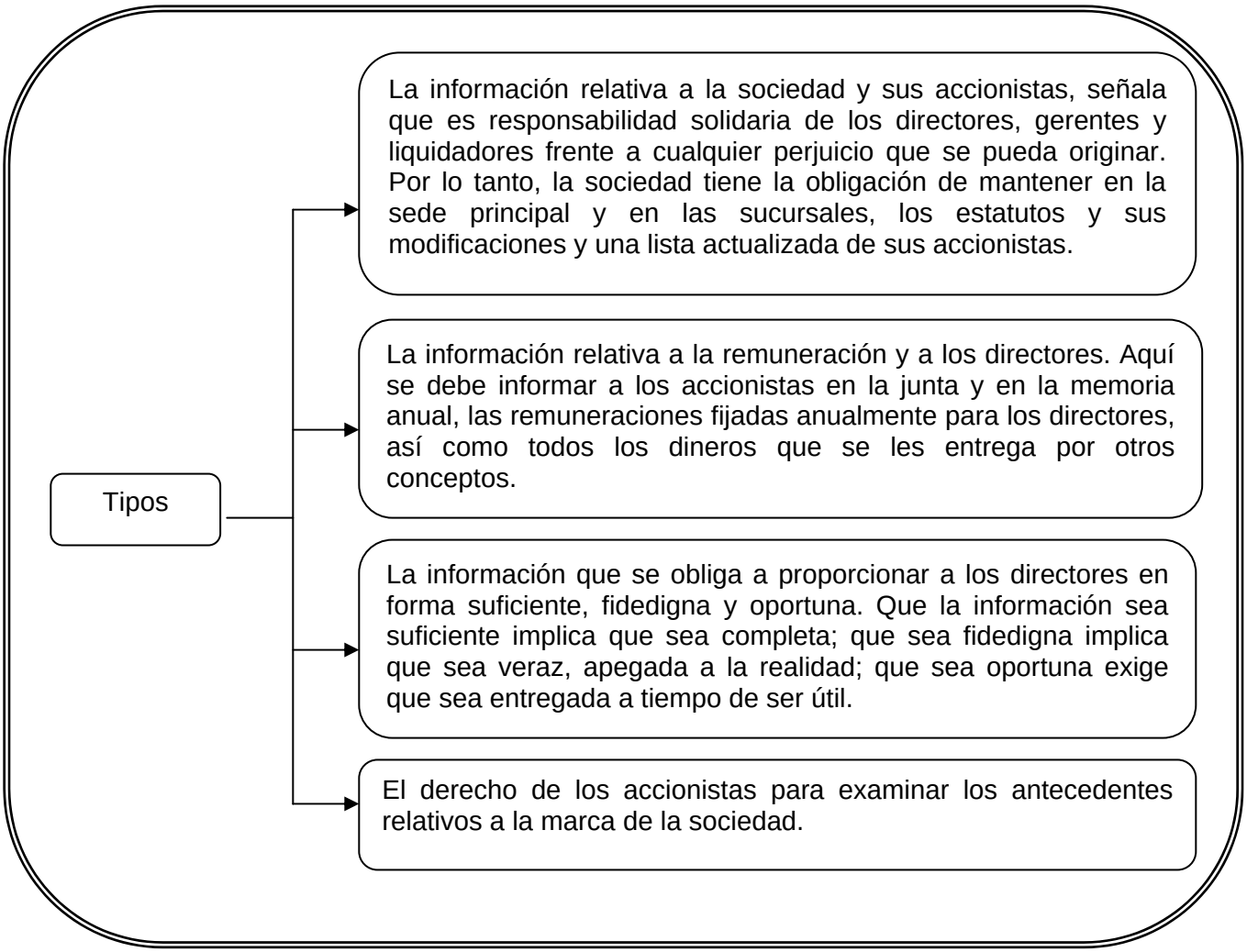
Este derecho a la información tiene como contrapartida la obligación que se impone a la sociedad, a sus administradores y gerentes de proporcionar información a los accionistas.

[9] Se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.

[10] Es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible.

Con respecto a este derecho se deben diferenciar algunos tipos de informaciones:

Figura Nº 12: Tipos de Informaciones



En este sentido los accionistas pueden tomar conocimiento de los informes de los inspectores de cuentas o auditores externos de la sociedad; de los informes de los liquidadores; de las memorias y balances anuales; entre otros de la sociedad en que participa y además conforme al artículo 90 de la ley y 6º del reglamento los accionistas pueden examinar los documentos de las sociedades filiales, es decir, de aquellas que son controladas por la sociedad a que pertenecen.

d) El Derecho a la Libre Cesión de Acciones. Este derecho es manifestación del derecho de dominio y cada accionista como dueño de sus acciones, puede transferirla o cederlas libremente, ya sea a través de negociaciones privadas o mediante ofertas públicas. Este derecho se puede ejercer por el titular de las acciones aún cuando ellas no se encuentren

totalmente pagadas. En este caso quedan solidariamente responsables los cedentes y los cesionarios.

De acuerdo a lo que establece el artículo 14 de la ley sobre sociedades anónimas este derecho es absoluto en las sociedades anónimas abiertas y puede ser restringida en las sociedades anónimas cerradas. Respecto de los pactos particulares entre los accionistas relativos a la cesión de acciones, estos deben ser depositados en la sociedad para que sean oponibles (para que sean conocidos) a los demás accionistas y terceros, y se debe hacer una referencia a ellas en el registro de accionistas teniéndose por no escrito en caso contrario.

e) El Derecho de Suscripción Preferente. Se denomina también derecho de opción preferente en los aumentos de capital. Este derecho permite que los accionistas mantengan su proporción de participación en la sociedad, cada vez que se aumente el capital mediante emisión de acciones de pago. Cabe señalar que este derecho también opera en otras situaciones.

La opción de suscripción es también un título transferible y negociable. Este derecho está reglamentado en los artículos 25, 27 inciso final de la ley 18.046 y los artículos 29 y 31 del reglamento y se ejerce en los siguientes casos:

a) Cuando en el aumento de capital se emiten acciones de pago, salvo del aumento de porcentaje para los stock option o para cubrir bonos convertibles.

b) Cuando se emiten títulos que confieren un derecho de opción para adquirir acciones.

c) Cuando la sociedad enajena acciones de su propia emisión que previamente ha adquirido de conformidad a la ley.

d) Respecto de cualquier otro valor que confiera derechos futuros sobre acciones.

Este derecho de suscripción preferente de los accionistas implica para la sociedad emisora la obligación de ofrecer a lo menos por una vez preferentemente a los accionistas dichos títulos a prorrata de las acciones que posean inscritas a su nombre el quinto día hábil anterior desde la fecha de publicación de la opción. Los estatutos pueden disponer que se realice esta misma oferta más veces. Como se trata de un derecho esencial los estatutos no pueden prohibirlo o limitarlo, sin embargo por ser un derecho de carácter patrimonial que cede en beneficio de los accionistas, éstos podrían renunciarlos o transferirlos.

Para que los accionistas tengan la posibilidad de ejercer la acción y suscribir las acciones o valor respectivo, es necesario que tomen conocimiento de la oferta. El artículo 29 del reglamento establece que se debe comunicar a lo menos una vez, mediante un aviso destacado en el mismo diario donde se realizan las citaciones a las juntas. Además de la publicación de la oferta, la sociedad debe poner a disposición de los accionistas con

derecho a participar en ella, certificados firmados por el gerente que dejen constancia de dicha circunstancia.

Cabe señalar que una vez publicada la oferta los accionistas cuentan con un plazo de 30 días para optar dentro de las siguientes situaciones:

- Ejercer el derecho manifestando por escrito su intención de suscribir las acciones respectivas.

- Renunciar a la opción. La renuncia puede ser expresada cuando se hace en términos formales o explícitos y en forma tácita cuando el accionista deja transcurrir el plazo de ejercicio sin expresar su voluntad.

- Transferir la opción. En este caso la transferencia debe sujetarse a las mismas formalidades que el artículo 15 del reglamento establece para la cesión de acciones, es decir, para el traspaso.

Esta cesión de la opción produce efectos respecto de la sociedad y de terceros una vez que aquella tome conocimiento de la misma, a través del traspaso y del certificado de derecho a la opción. Además el cesionario de la opción puede optar por ejercer el derecho, renunciarlo o transferirlo debiendo cumplir con las mismas exigencias del accionista general dentro del plazo originalmente estipulado.

Las acciones no suscritas por los accionistas no podrán ser ofrecidas a terceros a valores inferiores o en condiciones más ventajosas. En las sociedades anónimas abiertas debe respetarse durante los 30 días siguientes al vencimiento del plazo, la denominada oferta preferente. Transcurrido este plazo en dichas sociedades las acciones pueden ser ofrecidas a terceros en condiciones y precios diferentes a los de la oferta preferente con la única exigencia que la oferta se haga en la Bolsa de Valores.

f) El Derecho a Retiro. La ley 18.046 establece la posibilidad para que un accionista pueda desvincularse de la sociedad, y además ceder sus acciones. Esto implica que el accionista libre y voluntariamente, en el momento que lo estime pertinente, va a abandonar su calidad de tal. Además de esta posibilidad la ley prevé que los accionistas pueden retirarse de la sociedad, previo pago del valor de sus acciones cuando concurran las condiciones establecidas por el legislador. La posibilidad de retiro es distinto al derecho de libre cesión de acciones, ya que requiere del cumplimiento de una serie de condicionantes.

Cabe señalar que el derecho a retiro no está establecido a favor de todos los accionistas sino sólo a favor del accionista disidente.

Se considera accionista disidente, a aquel que en la respectiva junta se hubiere opuesto al acuerdo que da derecho a retiro o que no habiendo concurrido a la junta manifieste su disidencia por escrito a la sociedad, dentro del plazo de 30 días siguientes al de celebración de la junta que adoptó el acuerdo que da derecho a retiro.

La comunicación escrita debe ser entregada a la sociedad por carta certificada o en gerencia por un Notario Público (para poder computar el plazo). En la comunicación, el accionista debe expresar claramente su voluntad de retirarse por estar en desacuerdo con la decisión de la junta respectiva.

En este contexto cabe señalar que el ejercicio de este derecho a retiro se suspende en dos casos, a saber:

- Cuando se ha declarado la quiebra de la sociedad, en este caso la suspensión dura hasta que sean pagadas las deudas que existen en el momento de generarse el derecho.

- Cuando la sociedad esté sometida a un convenio conforme a las normas del título XII de la ley de quiebras, salvo que dicho convenio autorice el retiro o que termine con la declaración de quiebra, en este caso la suspensión dura mientras el convenio esté vigente.

Continuando con lo anterior la ley establece taxativamente cuales son los acuerdos que dan origen al derecho de retiro. Estos acuerdos conforme al artículo 69 de la ley 18.046 son los siguientes:

1) La transformación de la sociedad es el cambio de especie o tipo social de una sociedad, subsistiendo su personalidad jurídica.

2) La fusión, es la reunión de dos o más sociedades en una sola que la sucede en todos sus derechos y obligaciones.

3) La enajenación del 50% o más del activo social, en los términos del artículo 67 número 9 de la ley ya citada.
4) El otorgamiento de las cauciones a que se refiere el artículo 67 número 11, es decir, garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros que excedan el 50% del activo, salvo que se trate de filiales.

5) La creación de preferencias para una serie de acciones, o el aumento o reducción de los ya existentes, en este caso tienen derecho a retiro los accionistas disidentes de la o las series afectadas.

6) El saneamiento de la nulidad, causada por vicios formales de que adolezca la constitución de la sociedad o alguna modificación de sus estatutos que diere este derecho.

7) Los demás casos que, establezca la ley o los estatutos.

La ley reglamenta otras situaciones de derecho a retiro, los cuales están establecidos en los artículos 69 bis y 69 ter de la ley 18.046.

En todos los casos que dan derecho a retiro la sociedad tiene la obligación de efectuar una publicación mediante un aviso destacado en un diario de amplia circulación nacional y remitir una comunicación a los accionistas con derecho, informando sobre esta circunstancia y sobre el plazo para su ejercicio dentro de los dos días siguientes a la fecha en que nazca el derecho a retiro.

El precio a pagar por la sociedad al accionista disidente que haga uso del derecho a retiro por sus acciones, serán en las sociedades anónimas cerradas el valor de libro y en las sociedades anónimas abiertas el valor de mercado de las mismas. Tratándose de sociedades anónimas abiertas sin transacción bursátil será el valor de libro.

Cabe señalar que el accionista disidente que ejerció el derecho, se le pagan las acciones que tenía inscritos a su nombre en el registro de accionistas a la fecha de publicación del acuerdo respectivo, sin recargo alguno dentro de los 60 días siguientes a la fecha de celebración de la junta. Cabe señalar que una vez pasado este plazo el valor se expresa en unidades de fomento y desde ahí devenga en interés corriente para operaciones reajustables. Si el accionista disidente hubiera pagado parte del valor de sus acciones, recibirá el pago por ellas por el ejercicio del derecho a retiro en la proporción que corresponda.

Continuando con lo anterior una vez pagado el valor de las acciones al accionista disidente se debe dejar constancia de este hecho en el registro de accionistas, inscribiéndose las acciones a nombre de la sociedad. Este derecho del accionista disidente puede renunciarse hasta antes que la sociedad le pague el valor de sus acciones.

También puede caducar el derecho, cuando el directorio convoca una nueva junta que debe celebrarse a más tardar dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del plazo para el ejercicio del derecho a retiro. Se producirá la caducidad cuando en dicha junta los acuerdos respectivos hayan sido revocados.

g) El Derecho a la Utilidad o Beneficios Sociales. Con respecto a este derecho hay que realizar una distinción entre el derecho al dividendo; acciones liberadas o crías y al fondo de reservas, la cual se examinará a continuación:

1) Derecho al Dividendo. El dividendo se lo puede definir de la siguiente manera:

Es aquella parte de las utilidades líquidas del ejercicio o de las utilidades retenidas que se reparten entre los accionistas normalmente a prorrata de las acciones pagadas.

Cabe señalar que todas las acciones tienen derecho al dividendo pues éste representa un elemento esencial de las sociedades, que es el beneficio, salvo que se trate de acciones suscritas y no enteramente pagadas, ya que éstas gozan de iguales derechos que las íntegramente pagadas, salvo en la partición que les corresponda en los beneficios sociales, dentro de los cuales está el derecho a dividendo. Si se encuentran parcialmente pagadas concurrirán en los repartos en proporción a la parte pagada.

Para ejercer el derecho al dividendo es requisito previo estar inscrito en el registro de accionistas el quinto día hábil anterior a la fecha de pago, y que los accionistas se encuentren total o al menos parcialmente pagados. Por ley en las sociedades anónimas abiertas el dividendo mínimo obligatorio asciende al 30% de las utilidades líquidas de cada ejercicio. Para modificar el porcentaje se requiere acuerdo adoptado por la unanimidad de las acciones emitidas.

Por el contrario en las sociedades anónimas cerradas el porcentaje mínimo es el que se fija en los estatutos, a falta de determinación se aplica el mínimo legal de las sociedades anónimas abiertas.

Ahora, las sociedades anónimas pueden pactar el reparto de dividendos por sobre el mínimo legal o estatutario. El exceso sobre el mínimo se le denomina dividendo adicional. En cuanto a la forma de pago por ley, los dividendos mínimos legales en las sociedades anónimas abiertas deben pagarse en dinero, así lo establecen los artículos 79 y 82 de la ley 18.046 y a prorrata de las acciones pagadas, salvo que se acuerde en forma unánime otra cosa.

En las sociedades anónimas abiertas los dividendos adicionales se pueden pagar en forma distinta a la entrega de dinero, así se puede otorgar opción a los accionistas para recibirlos en dinero en acciones liberadas de la propia emisión o en acciones de sociedades anónimas abiertas donde la empresa sea titular. El dividendo así pagado se le denomina Dividendo Opcional, el cual se encuentra reglamentado en el artículo 85 y siguientes del reglamento.

Los dividendos mínimos obligatorios y dividendos adicionales se pagan en dinero o a través de una opción, se calculan sobre las utilidades que se obtengan en el ejercicio, una vez que se ha obtenido y aprobado el balance. En consecuencia, todos ellos son Dividendos Definitivos.

Las sociedades anónimas pueden distribuir los dividendos durante el ejercicio con cargo a las utilidades que esperan obtener, a estos se les denomina Dividendos Provisorios y son acordados por el directorio bajo su responsabilidad.

Las utilidades que no se reparten como dividendos entre los accionistas pueden en cualquier momento capitalizarse[11] o retenerse. Para la capitalización se requiere en forma previa el acuerdo de la junta y la reforma de los estatutos.

2) Derecho a las Acciones Liberadas o Crias. La junta de accionistas puede acordar la capitalización de utilidades que no hayan sido repartidas como dividendos mínimos obligatorios o adicionales. Conforme al artículo 80 de la ley una de las formas de concretar la capitalización es la emisión de acciones liberadas.

   Estas acciones liberadas se deben distribuir entre los accionistas a prorrata de las acciones que posean inscritas en el registro el quinto día hábil anterior a la fecha del reparto. El reparto de estas acciones es una forma también de participación en los beneficios sociales.

3) Derecho a Fondos de Reservas. Las utilidades del ejercicio que no fueron repartidas como dividendos ni capitalizados pueden formar parte de fondos de reservas al que tienen derecho todos los accionistas proporcionalmente. Estos fondos pueden utilizarse para cubrir futuros dividendos; realizar capitalizaciones; cubrir futuras pérdidas o simplemente para otros fines.

   El acuerdo para la creación de estos fondos es materia extraordinaria de accionistas y se adopta por acuerdo de los 2/3 de las acciones emitidas con derecho a voto.

h) El Derecho a Reparto en la Liquidación. Disuelta una sociedad conforme a las causales que establece el artículo 103 de la ley 18.046 debe procederse a su liquidación.

La liquidación es un procedimiento que tiene por objeto vender el activo social y pagar el pasivo el que culmina con la distribución del sobrante entre los accionistas si los hubiere. Esta última distribución implica la devolución del aporte.

Cuando un accionista realiza su aporte a la sociedad nace para él un derecho personal o crédito, para así obtener su restitución al tiempo de la liquidación. En consecuencia, el crédito consiste en la recuperación del aporte. La sociedad sólo puede hacer repartos por devoluciones de capital a sus accionistas una vez asegurado el pago o pagadas las deudas sociales.

Cabe señalar que los repartos deben efectuarse cada vez que en la caja social hayan fondos suficientes para pagar a los accionistas una suma equivalente al 5% del valor libre de sus acciones o a lo menos trimestralmente. Tienen derecho a participar en los repartos quienes sean accionistas inscritos al quinto día hábil anterior a la fecha del reparto o pago

[11] Capitalización: conjunto de obligaciones y patrimonio de los activos de una empresa. Capitalizar implica sumar los intereses que se van generando cada año al capital, la suma de capital e intereses se convierte en el nuevo capital.

en el registro de accionistas. Los repartos se pagan en dinero efectivo, salvo acuerdo unánime de las acciones emitidas.

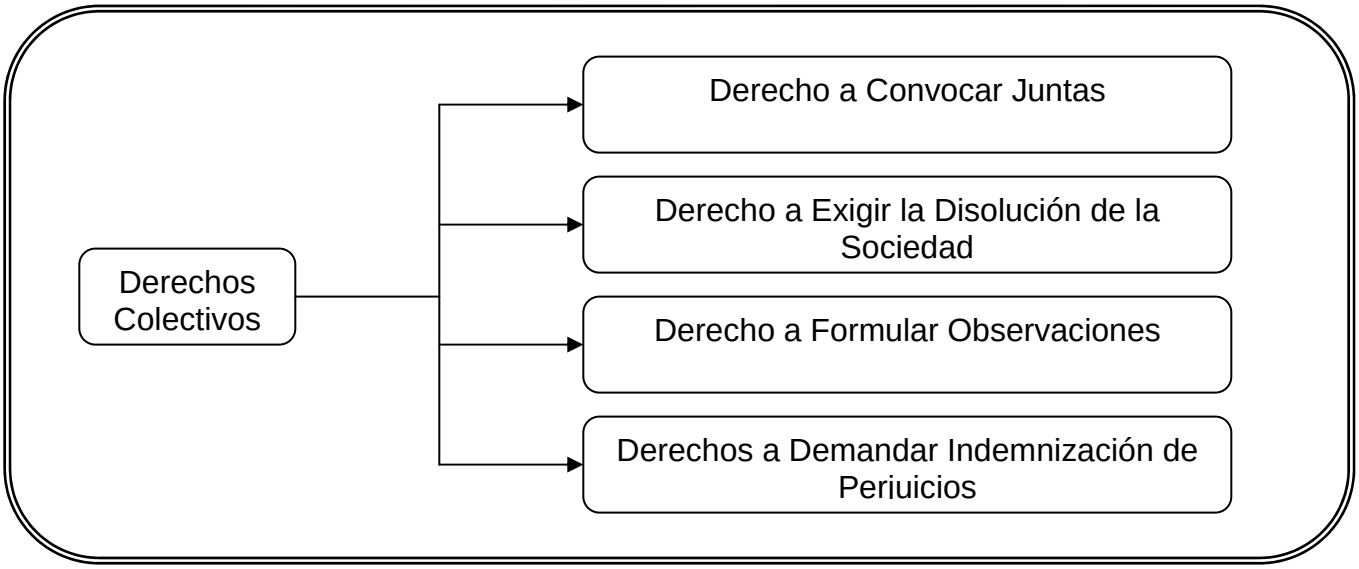
También pueden existir acciones o series de acciones con derecho preferente en los repartos o devoluciones. Los repartos no cobrados dentro del plazo de cinco años desde que se han hecho exigibles, pertenecerán a los Cuerpos de Bomberos de Chile. El reglamento determinará la forma en que se procederá al pago y distribución de dichas cantidades.

CLASE 08

- Derechos Colectivos de los Accionistas

Una vez analizado los derechos individuales que poseen los accionistas dentro de una sociedad anónima, corresponde examinar los distintos derechos colectivos, a saber:

Figura Nº 13: Derechos Colectivos de los Accionistas



A continuación se desarrollarán cada uno de los derechos colectivos mencionados en la figura anterior.

a) El Derecho a Convocar Juntas. Conforme al artículo 58 número 3º de la ley 18.046, los accionistas que representen a lo menos el 10% de las acciones emitidas con derecho a voto, pueden solicitar al directorio que se convoque a junta ordinaria o extraordinaria de accionistas expresando en su solicitud las materias a tratar en ellas.

b) El Derecho a Exigir la Disolución de la Sociedad. Conforme al artículo 105 de la ley 18.046, los accionistas que representen a lo menos el 20% del capital social pueden demandar judicialmente la disolución de aquellas sociedades no sometidas a fiscalización de la superintendencia cuando estimen que existe causa para ello. Estas causas son: la infracción grave de la ley, del reglamento y demás normas aplicables que causa un grave perjuicio a los accionistas o a la sociedad; la declaración de quiebra de la sociedad; la administración fraudulenta u otras de igual gravedad. Conforme al artículo 103 número 5º de la ley, la sociedad anónima se disuelve por sentencia judicial ejecutoriada que así lo declara.

c) El Derecho a Formular Observaciones. El o los accionistas de una sociedad anónima abierta que posean o representen el 10% o más de las acciones emitidas con derecho a voto, pueden formular comentarios y proposiciones relativas a la marcha de los negocios sociales en el ejercicio correspondiente. El directorio está obligado a incluir en el anexo de la memoria del ejercicio, una síntesis de estas observaciones.

d) El Derecho a Demandar Indemnización de Perjuicios. Conforme al artículo 113 bis de la ley 18.046, un accionista o grupo de accionistas que represente a lo menos un 5% de las acciones emitidas por la sociedad, puede demandar indemnización de perjuicios a quién corresponda en nombre y beneficio de la sociedad por las pérdidas producidas al patrimonio social como consecuencia a la infracción a la ley; al reglamento; a los estatutos o a normas de la superintendencia. Las costas que se generen en los procesos respectivos son pagadas a los demandantes y no benefician a la sociedad. Además cabe señalar que las costas a que fueren condenados los demandantes son de su exclusiva responsabilidad. Esta misma acción de perjuicios la puede ejercer cualquier director de la sociedad en las condiciones apuntadas.

- Obligaciones de los Accionistas

La obligación más importante de todo accionista es aportar, esto constituye una obligación esencial al concepto de sociedad. Conforme al artículo 19 de la ley 18.046, los accionistas son responsables de pagar el valor de sus acciones y dicha obligación se mantiene aún cuando se transfieran las acciones suscritas y no enteramente pagadas. La adquisición de acciones de una sociedad implica la obligación de pagar las cuotas insolutas.

En este sentido la obligación de aportar se refiere al pago de aquellas acciones suscritas respecto del capital inicial o de los aumentos de capital que se realicen mediante la emisión de acciones de pago durante la vida de la sociedad.

Continuando con lo anterior en cualquiera de estos dos casos, la ley establece como plazo máximo para el pago del capital suscrito, 3 años desde la suscripción, bajo la sanción de reducción de pleno derecho del capital al monto efectivamente suscrito y pagado.

Cabe señalar que cuando un accionista no paga oportunamente todo aporte de las acciones por el suscrito, la sociedad puede vender en una Bolsa de Valores por cuenta y riesgo del moroso el número de acciones que sean necesarias para pagarse de los saldos insolutos y de los gastos de la enajenación. Esta venta de las acciones implica una exclusión total o parcial del socio moroso, así lo dispone el artículo 17 de la ley 18.046.

La sociedad tiene respecto del valor de las acciones, es decir, del aporte, un derecho personal o crédito contra el accionista suscriptor. Además de esta obligación principal el accionista tiene la obligación de soportar las pérdidas que es una situación eventual, pues depende de si existen o no pérdidas en el ejercicio y la obligación de respeto a la sociedad y a los demás accionistas, así lo dispone el artículo 30 de la ley 18.046.

- Responsabilidad de los Accionistas

Con respecto a este tema hay que distinguir la responsabilidad frente a la sociedad y frente a terceros:

a) Frente a la Sociedad. Cada accionista tiene la obligación de aportar, y con respecto al cumplimiento de esta obligación responden con todo su patrimonio en forma personal e ilimitada. En consecuencia, ante un no pago se pueden hacer efectivas todas las garantías que se hayan constituido para la seguridad del crédito derivado del saldo de precio por las acciones suscritas y no pagadas.

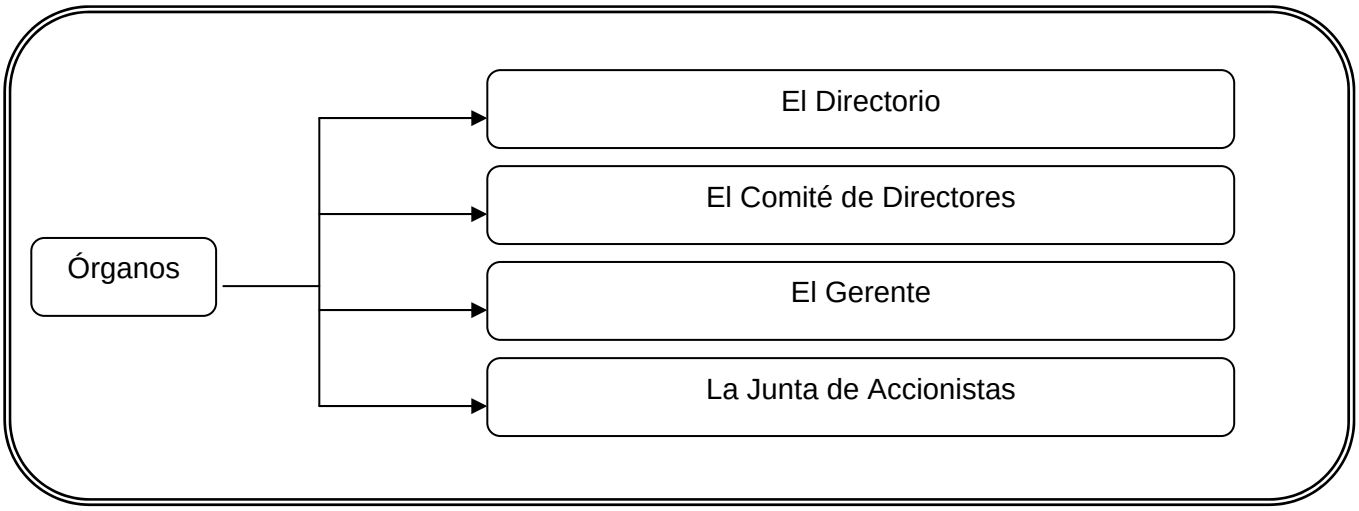
b) Frente a Terceros. Los accionistas sólo responden hasta el monto de sus aportes, lo que implica, que al igual que un socio en una sociedad de responsabilidad limitada, los accionistas responden por las obligaciones sociales, en virtud del patrimonio de la sociedad (y no el patrimonio personal de cada socio).

CLASE 09

5. ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Las sociedades anónimas están compuestas de una serie de órganos que permiten su organización y funcionamiento. Éstos serán examinados a continuación:

Figura Nº 14: Órganos de la Sociedad Anónima



Cada uno de los órganos mencionados en la figura anterior será explicados de la siguiente manera:

5.1. El Directorio

El artículo 31 de la ley 18.046, establece que la administración de las sociedades anónimas debe ser ejercida por un directorio elegido por la junta de accionistas.

En opinión de Antonio Brunetti, el directorio es un órgano colegiado, necesario y permanente, cuyos miembros socios o no, son periódicamente nombrados por la asamblea o junta de accionistas de la sociedad y cuya función es realizar los actos de administración ordinaria o extraordinaria representando a la sociedad ante terceros y asumiendo responsabilidad solidaria e ilimitada con las infracciones a los deberes que le impone la ley o el acto constitutivo.

Cabe señalar que es un órgano de la sociedad y esto permite aclarar la duda que existía antes de la ley que señalaba que el directorio era mandatario. Además es colegiado, es decir, no es personal, es un órgano necesario y permanente en el sentido que no se permiten otros sistemas de administración y dura hasta que la sociedad se disuelva o ponga término a su función.

Los miembros del directorio pueden ser socios o extraños, y conforme al artículo 1 de la ley 18.046, este órgano es esencialmente revocable (que puede variar). En cuanto a la función, éste realiza los actos de administración social y de representación. Se debe tener presente que los miembros son solidariamente responsables de sus actuaciones y este directorio es nombrado periódicamente por la junta de accionistas.

En cuanto al nombramiento hay que distinguir entre:

a) El Directorio Provisional, el cual dura hasta la primera junta de accionistas y es nombrado por los accionistas o socios fundadores normalmente en la escritura de constitución (de la sociedad).

b) El Directorio Definitivo, es elegido por la junta de accionistas, así lo dispone el artículo 31 de la ley 18.046.

Así, en la junta resultan elegidos los candidatos que obtienen la mayoría de los votos. La ley contempla la posibilidad que algunos directores sean elegidos por un grupo o clase de accionistas. La ley también permite que los accionistas acumulen sus votos a favor de una sola persona y no voten separadamente por los distintos candidatos a directores, o que lo distribuyan en la forma que estime conveniente.

En este contexto cabe señalar que con acuerdo unánime de los accionistas con derecho a voto se puede omitir la votación y elegir por aclamación, así lo señala el artículo 66 inciso final de la ley. Una vez efectuada la elección y hecho el nombramiento, la calidad de director se adquiere por aceptación expresa o tácita del cargo.

La ley dispone que los estatutos de la sociedad deben establecer un número invariable de directores respetando los mínimos legales, así el inciso tercero del artículo 31 de la ley 18.046 señala esto mismo para las sociedades anónimas cerradas, tres directores y para las sociedades anónimas abiertas el mínimo será de cinco o siete en el caso en que tenga que establecer o designar comité de directores.

Además de los directores titulares los estatutos pueden establecer la existencia de directores suplentes, cuyo número debe ser igual al de los titulares.

Continuando con lo anterior el suplente reemplaza al titular en forma definitiva en caso de vacancia o en forma transitoria en caso de ausencia o impedimento del titular. Cuando hay vacancia de un titular y su suplente debe proceder a la renovación total del directorio, lo que se efectuará en la próxima junta de accionistas que celebre la sociedad; mientras tanto se puede nombrar un reemplazante.

Cabe señalar que los suplentes tienen derecho a voz y voto en las reuniones de los directores cuando reemplazan al titular y pueden participar con derecho a voz, cuando el titular se encuentre en sus funciones.

Cuando en las elecciones de directores se haya nominado un suplente para ello, la elección del titular implica automáticamente la elección del suplente, así lo disponen los artículos 66 de la ley 18.046 y 34 del reglamento. A los directores suplentes les son aplicables las mismas normas establecidas para los titulares, salvo que la junta acuerde algo distinto.

La ley sobre sociedades anónimas número 18.046, enumera las inhabilidades e incompatibilidades para ser director, ellas son:

a) Las inhabilidades pueden ser absolutas o generales, es decir, aplicable a toda sociedad anónima, así lo dispone el artículo 35 de la ley; o pueden ser relativas o especiales aplicables sólo a las sociedades anónimas abiertas.

b) En las incompatibilidades de una sociedad anónima abierta el director nunca puede ser gerente; y en las sociedades anónimas cerradas el presidente del directorio no puede ser gerente.

Cuando un director adquiera con posterioridad su nombramiento, algunas de las calidades que lo inhabilita para desempeñar el cargo, incurrirá en incapacidad legal sobreviviente lo que implica que cesa automáticamente en el cargo, así lo dispone el artículo 37 inciso segundo de la ley 18.046.

En cuanto a la duración en el cargo de director se determina en los estatutos no pudiendo exceder de tres años, a falta de disposición expresa de los estatutos se entiende que los directores se renovarán cada año, sin perjuicio de esto los directores pueden ser reelegidos indefinidamente en sus funciones. En este contexto una vez cumplido el período respectivo la renovación del directorio será total, lo que significa que al igual que la revocación, no procede la renovación individual de uno o más miembros del directorio, sólo puede ser renovado o revocado el directorio en su totalidad.

En relación al directorio, éste debe durar hasta el final de su período, momento en el cual se producirá su renovación. Durante su período el directorio puede ser revocado por la junta, la ley contempla una revocación de pleno derecho del directorio en su totalidad cuando la junta ordinaria de accionistas rechaza dos balances consecutivos, en este caso conforme al inciso final del artículo 37 del reglamento se origina la inhabilidad de los directores revocados para ser titulares o suplentes de la misma sociedad por un período completo.

En cuanto a las funciones y facultades del directorio éste tiene a su cargo la administración de la sociedad, entendiendo por tal la facultad de dirigirla; organizarla; ejercer la autoridad y mando. Como expresión de esta administración el directorio representa judicial y extrajudicialmente a la sociedad, así lo dispone el artículo 40 de la ley, sin perjuicio de la representación que conforme al artículo 49 de la ley corresponde al gerente.

Para el desempeño de sus funciones el directorio tiene todas las facultades que la ley y el estatuto no establezcan como privativa a la junta de accionistas. No es necesario otorgarle al directorio para el desempeño de estas funciones poderes especiales, incluso respecto de actos y contratos a los que las leyes exija esta circunstancia.

Cabe destacar que la administración se ejerce en cumplimiento del objeto social, lo que no es necesario demostrar ante terceros y tampoco acreditar la extensión del objeto social. El directorio tiene plena responsabilidad por aquellos actos o negocios que realice fuera del objeto social. Dichos actos ajenos al giro no son nulos y tampoco son inoponibles a la sociedad y por lo tanto lo único que generan es la responsabilidad de los directores.

La interpretación mayoritaria de esta norma implica que la legislación chilena acoge la tesis que obliga a la sociedad frente a terceros por la actuación de órganos legalmente constituidos, sin importar si se relacionan o no con el giro social, salvo respecto de aquellos actos y contratos en que el tercero no puede ignorar razonablemente que excede el giro social. Unos de los seguidores de esta tesis es Álvaro Puelma.

Continuando con lo anterior conforme al artículo 39 de la ley establece un principio consistente en que las funciones de director en una sociedad anónima no son delegables y se ejercen colectivamente en sala legalmente constituida. En este contexto el actuar en sala legalmente constituida implica que se respeten los sistemas de citación, lugar de reunión, quórum de asistencia y quórum de aprobación de acuerdos que se han establecido. Sin perjuicio de lo anterior, el directorio puede delegar parte de sus facultades en los gerentes; subgerentes; abogados de la sociedad; en un director; en una comisión de directores y para objetos especialmente determinados, en otras personas.

En contrapartida a las amplias facultades de administración que la ley le otorga al directorio se le impone a éste la obligación genérica de proporcionar a los accionistas, a los órganos fiscalizadores y al público en general, la información suficiente, fidedigna y oportuna que la ley o la superintendencia determine respecto de su situación legal, económica y financiera de la sociedad, siendo solidariamente responsable de los perjuicios causados. Lo señalado no obsta a las sanciones administrativas que pueda aplicar, en su caso, la superintendencia y a las demás penas que establezca la ley.

En lo que respecta a la forma de tomar sus acuerdos, el directorio sesiona (toma sus acuerdos) a través de dos maneras, las cuales serán examinadas a continuación:

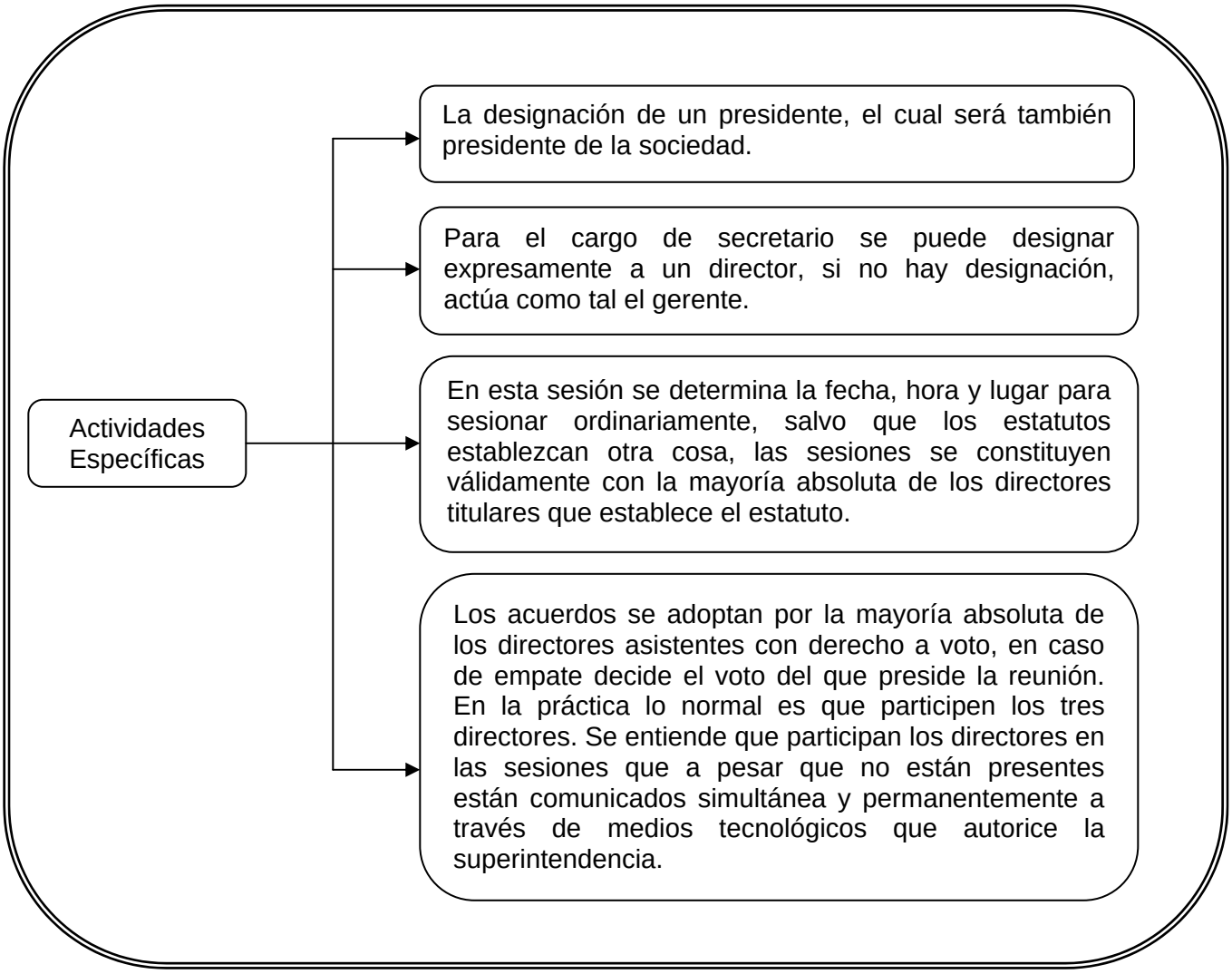
a) La Sesión Ordinaria. Éstos se celebran en las fechas y horas predeterminadas por el propio directorio y no requiere citación especial. En las sociedades anónimas abiertas deben celebrarse a lo menos una vez al mes; y en las sociedades anónimas cerradas conforme a lo señalado en el estatuto social, y si este nada dice se siguen las reglas de las sociedades anónimas abiertas, así lo dispone el artículo 38 del reglamento.

b) La Sesión Extraordinaria. Éstos se celebran cuando la cite especialmente el Presidente del directorio, ya sea de oficio o a indicación de uno o más directores. La citación a esta junta se realiza mediante carta certificada a cada uno de los directores.

Cabe señalar que en las sociedades anónimas abiertas la superintendencia por resolución fundada puede requerir al directorio para que sesione sobre materias que someta a su decisión.

En este contexto la primera reunión del directorio se denomina Sesión Constitutiva, la cual se realiza después de la junta de accionistas, la que es elegida por el directorio. En ellas se efectúan actividades específicas tales como:

Figura Nº 15: Actividades Específicas de la Sesión Constitutiva



Vinculado con lo anterior cabe destacar que de los acuerdos tomados en las sesiones, se toma razón en un libro de actas que es firmado por los directores asistentes a la sesión y se deja constancia del impedimento para firmar que pudiera afectar a algún director. El director que se opuso a los acuerdos adoptados debe dejar constancia en el acta su oposición. De acuerdo con lo anterior, el acta se entiende aprobada desde el momento de su firma y desde esa fecha se deben llevar los acuerdos a que se refiere.

En este contexto un director considerado individualmente no tiene facultades de administración de la sociedad, tiene derecho a ser informado de todo lo relacionado con la marcha de la empresa; tiene derecho a remuneración la cual debe determinarse en los estatutos; está sujeto a las prohibiciones establecidas en el artículo 42 de la ley; está obligado

a guardar reserva de los negocios de la sociedad; de la información social a que tenga acceso en razón de su cargo y que no haya sido divulgado oficialmente por la compañía.

En cuanto a su responsabilidad el director debe emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencias que los hombres emplean adecuadamente u ordinariamente en sus negocios propios, respondiendo solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad por sus actuaciones dolosas y culpables, así lo señala el artículo 41 inciso 1º de la ley. Esta norma de responsabilidad no es disponible por las partes, en consecuencia todo acuerdo de la junta o estipulación estatutaria que libere o limite dicha responsabilidad, es nula.

De esta manera todas las prohibiciones, responsabilidades y obligaciones que se imponen a los directores tienen por objeto mantener una separación de funciones y calidades entre el órgano colegiado y sus miembros, y entre la sociedad y los directores individualmente considerados a fin de evitar en lo posible conflictos de intereses. Sin embargo, en ocasiones, a la sociedad le puede interesar realizar determinadas transacciones con uno o más de sus directores o con personas a él relacionadas.

Asimismo, la ley reglamenta y establece las condiciones necesarias para que estas transacciones se lleven a cabo con total transparencia, así entonces una sociedad anónima sólo puede celebrar actos o contratos en lo que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otras personas, bajo las siguientes condiciones:

- Que la operación sea conocida por los directores.

- Que sea aprobado previamente por el director.

- Que se ajuste a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

- Que los acuerdos que adopte el directorio, respecto a estas transacciones deben ser dadas a conocer en la próxima junta de accionistas, mencionándose esta situación en la citación.

Continuando con lo anterior la infracción a estas exigencias no afecta la validez de la operación, pero otorga a la sociedad; a los accionistas o a los terceros interesados; el derecho a exigir indemnización de perjuicios y derecho a exigir el reembolso de la sociedad y del director interesado, por una suma equivalente de los beneficios que a él, sus parientes o representados les hubiere reportado dichas negociaciones. Además de las sanciones administrativas y penales que correspondan.

Para el caso de demandarse de los perjuicios, corresponde a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajuste a condiciones de mercado y que las condiciones de negociación reporten beneficios a la sociedad, salvo que la operación haya sido aprobada por junta extraordinaria de accionistas.

En este contexto la ley establece en el inciso segundo del artículo 44 de la ley, una presunción de existencia de interés por parte de un director. También se presume de derecho que un director tenga interés cuando éste o las personas relacionadas presten asesorías para la celebración del contrato, siempre que en el acto o contrato involucre montos relevantes. En ese caso el directorio debe pronunciarse previamente respecto a si se ajusta o no a las condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

Se entiende que es de monto relevante todo acto o contrato cuando:

a) Supere el 1% del patrimonio social siempre que exceda a dos mil unidades de fomento.

b) Sea superior a veinte mil unidades de fomento, cualquiera sea el porcentaje que represente el patrimonio social.

CLASE 10

5.2. Comité de Directores

Conforme a la modificación introducida por la ley de Opas, toda sociedad anónima abierta que tenga un patrimonio bursátil igual o superior al equivalente de 1.500.000 Unidades de Fomento, deberá designar un comité de directores. Si dicho patrimonio se alcanza durante un año calendario, la designación se hará el año siguiente, y si se produce una disminución del monto indicado, la sociedad no estará obligada a mantener el comité a contar del año siguiente.

Cabe señalar que las sociedades anónimas abiertas que no cuenten con dicho patrimonio mínimo, pueden formar voluntariamente un comité de directores, debiendo en dicho caso cumplir con las exigencias del artículo 50 Bis de la ley 18.046. El comité debe estar compuesto por tres miembros elegidos entre los directores, la mayoría de los cuales deberán ser independientes al contralor. En caso que hubieran más directores con derecho a integrar el comité, según corresponda, en la primera reunión del directorio después de la junta de accionistas en que se haya efectuado su elección los mismos directores resolverán, por unanimidad, quiénes lo habrán de integrar. En caso de desacuerdo, se decidirá por sorteo.

Las deliberaciones, los acuerdos y la organización del comité se regirán, en todo lo que les fuere aplicable, por las normas relativas a las sesiones del directorio de la sociedad. El comité comunicará al directorio la forma en que solicitará información, así como también sus acuerdos. Los directores integrantes del comité serán remunerados. El monto de la

remuneración será fijado anualmente en la junta ordinaria de accionistas, acorde a las funciones que les corresponda desarrollar.

Cabe destacar que la junta ordinaria de accionistas determinará un presupuesto de gastos del funcionamiento del comité y de sus asesores, y éste podrá requerir la contratación de la asesoría de profesionales para el desarrollo de sus labores, conforme al referido presupuesto. Las actividades que desarrolle el comité y los gastos en que incurra, incluidos los de sus asesores, serán presentados en la memoria anual e informado en la junta ordinaria de accionistas. Los directores que integran el comité en ejercicio de las funciones que señala este artículo, además de la responsabilidad inherente al cargo de director, responderán solidariamente de los perjuicios que causen a los accionistas y a la sociedad.

5.3. El Gerente

Las sociedades anónimas pueden tener uno o más gerentes designados por el directorio, quien le fijará sus atribuciones y podrá substituirlo a su arbitrio. El directorio está obligado a designar a una o más personas que en ausencia del gerente puedan representar válidamente a la sociedad en todas las notificaciones que se le practiquen. El directorio queda responsable respecto de las personas designadas, que la designación se encuentre vigente y que se encuentren inscritos en el registro que habla el artículo 135 de la ley 18.046.

Cabe señalar que el cargo de gerente es incompatible con el cargo de presidente del directorio, auditor o contador en una sociedad anónima cerrada y abierta. A los gerentes les corresponde la gestión de la sociedad, contando para ello con las atribuciones que determine el directorio.

En este contexto la ley determina las siguientes atribuciones y obligaciones para los gerentes de las sociedades anónimas, las cuales son:

- La representación judicial de la sociedad, y para ejercerla se encuentran legalmente investidos de las facultades establecidas en ambos incisos del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil.

- El derecho a voz en las reuniones del directorio, respondiendo con los directores de todos los acuerdos perjudiciales para la sociedad y los accionistas, salvo que conste su opinión contraria.

- La custodia de los libros y registros sociales, ya que debe cuidar que se hayan llevado con la rigurosidad exigida por la ley y el reglamento sobre sociedades anónimas.

- Debe actuar como secretario en las reuniones de directorio de la sociedad, cuando no se haya designado especialmente una persona para ese cargo.

A los gerentes, personas que hagan sus veces y ejecutivos principales, les serán aplicables las normas que rigen a los directores, especialmente:

- Las inhabilidades del artículo 35 y 36 de la ley 18.046.
- La aceptación del cargo.
- Los deberes y cuidados del artículo 41 de la ley.
- Las prohibiciones del artículo 42 de la ley.
- La obligación de guardar reserva.
- Las presunciones de culpabilidad del artículo 45 de la ley ya citada.
- La obligación de informar, establecido en el artículo 46 de la ley.

5.4. Junta de Accionistas

Son el órgano deliberante de las sociedades anónimas, comprende a todos los accionistas y se pronuncia sobre aspectos de la vida normal de la sociedad como aspectos extraordinarios. Se encuentran reglamentadas en los artículos 55 y siguientes de la ley 18.046, y 61 y siguientes del reglamento sobre sociedades anónimas.

Conforme el artículo 55 de la ley 18.046, las juntas de accionistas pueden ser ordinarias o extraordinarias, a saber:

a) Las Juntas Ordinarias. Se celebran una vez al año en la época fijada que determine el estatuto para resolver materias de su competencia sin que sea necesario señalar estas materias en la citación. Estas juntas se deben celebrar dentro del cuatrimestre siguiente al balance.

   El artículo 56 de la ley 18.046 señala las materias que deben ser conocidas por la junta ordinaria de accionistas, a saber:

   - En primer lugar, el examen de la situación de la sociedad y de los informes de los inspectores de cuentas y auditores externos y la aprobación o rechazo de la memoria, del balance, de los estados y demostraciones financieras presentadas por los administradores o liquidadores de la sociedad.
   - En segundo lugar, la distribución de las utilidades de cada ejercicio y, en especial, el reparto de dividendos.

- En tercer lugar, la elección o revocación de los miembros titulares y suplentes del directorio, de los liquidadores y de los fiscalizadores de la administración.

- Por último, en general cualquier materia de interés social que no sea propia de una junta extraordinaria.

b) Las Juntas Extraordinarias. Son aquellas que pueden celebrarse en cualquier tiempo, conforme a las necesidades sociales para decidir sobre materias que la ley o los estatutos entreguen a su conocimiento, siempre que tales materias se señalen en la citación correspondiente.

El artículo 57 de la ley 18.046, señala las materias que pueden ser objeto de junta extraordinaria, se pueden mencionar las siguientes:

- La disolución de la sociedad.

- La transformación, fusión o división de la sociedad y la reforma de sus estatutos.

- La emisión de bonos o debentures convertibles en acciones.

- La enajenación del activo de la sociedad en los términos que señala el número 9º del artículo 67, o el 50% o más del pasivo.

- El otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros, excepto si éstos fueren sociedades filiales, en cuyo caso la aprobación de directorio será suficiente.

- Las demás materias que por ley o por los estatutos, correspondan a su conocimiento o a la competencia de las juntas de accionistas.

Continuando con lo anterior cabe señalar que es posible que una junta extraordinaria se reúna para pronunciarse sobre materias propias de junta ordinaria. Conforme al artículo 55 inciso final de la ley, su funcionamiento y acuerdo se sujetarán a los quórum aplicables a las juntas ordinarias.

El artículo 58 de la ley dispone que las juntas de accionistas deben ser convocadas por el directorio. Después de convocadas se debe hacer una citación por medio de un aviso destacado que se publica a lo menos tres veces en días distintos en un diario de circulación nacional que hubiere determinado la junta de accionistas. A falta de acuerdo o circulación del diario, la citación se hará en el diario oficial en el tiempo, forma y condiciones que señala el reglamento. Conforme a este último, los avisos de citación deben publicarse dentro de los 20 días anteriores a la fecha de la junta, y el primero de las tres publicaciones no puede hacerse por menos de 15 días de anticipación a la junta.

Los avisos deben señalar la naturaleza de la junta, el lugar, fecha y hora de celebración. Si se omiten estas formalidades, la junta no puede celebrarse válidamente, salvo cuando a ella concurra la totalidad de las acciones emitidas con derecho a voto. En las sociedades anónimas abiertas además de la publicación de avisos debe enviarse una citación por correo a cada accionista con una anticipación mínima de quince días a la fecha de la junta.

La omisión de esta citación no afecta la validez de la junta, pero deja responsable de los perjuicios, a los directores, liquidadores y gerentes. Las sociedades anónimas abiertas deben comunicar a la superintendencia la celebración de toda junta de accionistas con una anticipación no inferior a 15 días. La superintendencia puede suspender por resolución fundada la citación a la junta cuando sean contrarias a la ley, reglamentos o estatutos. Las juntas de accionistas se constituyen validamente con la mayoría absoluta de las acciones emitidas con derecho a voto, sin embargo la ley o los estatutos pueden establecer mayorías superiores. Si no se reúne esta mayoría debe realizarse una segunda citación y no puede celebrarse la junta.

En este sentido los avisos de la segunda citación deben reunir los mismos requisitos de la primera citación, y sólo pueden publicarse una vez que ha fracasado la junta de la primera citación. La nueva junta debe ser citada para celebrarse dentro de los 45 días siguientes de la fecha fijada para la junta no efectuada.

Cabe señalar que en esta segunda citación las juntas se constituyen válidamente con las acciones que se encuentren presentes o representadas, cualquiera sea su número. Estos quórum de asistencia o constitución son la regla general para juntas ordinarias y extraordinarias de primera o segunda citación. Sin embargo, la ley contempla ciertas materias cuyos acuerdos exigen quórum mínimos. En consecuencia, tanto en primera como en segunda citación será inoperante un quórum de asistencia inferior al de votación exigida.

Además, pueden participar en las juntas y ejercer el derecho a voz y voto, los titulares de las acciones inscritas en el registro de accionistas con 5 días de anticipación a aquel que ha de celebrarse la respectiva junta. Los accionistas pueden concurrir a la junta personalmente o representados por otra persona sea esta accionista o no. En este último caso el poder debe constar por escrito y debe darse por el total de las acciones por el cual el mandante sea titular a la fecha señalada en el artículo 62 de la ley 18.046.

De acuerdo con lo anterior, el poder debe contener las menciones que señala la ley. Los poderes otorgados para una junta que no se realiza en primera citación por falta de quórum, defecto en la convocatoria o suspensión dispuesta por el directorio o la superintendencia, valen para la que se celebre en su reemplazo, siempre que se efectué dentro de los 45 días siguientes a la fecha de la junta no efectuada.

Para que el mandatario participe en la junta es necesario que el poder se someta a un proceso de calificación reglamentado en los artículos 66 y siguientes del reglamento. Una

vez calificados los poderes quedan establecidos los mandatarios para que puedan participar en la junta.

Pueden participar en la junta los titulares de acciones con derecho a voz, así como los directores y gerentes que no sean accionistas, podrán participar en las juntas generales con derecho a voz. Las juntas de accionistas son precedidas por el presidente del directorio o por el que haga sus veces, y actúa como secretario.

Todos los concurrentes a la junta, deben firmar una lista de asistencia, en ello se debe indicar a continuación de cada firma el número de acciones que el firmante posee, el número de acciones que representa y el nombre de su representado en su caso. Si un accionista no participa en la junta durante un plazo de cinco años y no retira sus dividendos, no es considerado en los quórum de asistencia.

En las juntas ordinarias ya sea de primera o segunda citación, los acuerdos se adoptan por la mayoría absoluta de las acciones presentes o representadas con derecho a voto. En las juntas extraordinarias, los acuerdos se adoptan por distintos quórum según la naturaleza de los mismos o según la materia, a saber:

a) Aquellos que impliquen reforma de los estatutos sociales o el saneamiento de la nulidad de modificaciones causadas por vicios formales, deben ser adoptadas por la mayoría que determine los estatutos, lo cual en las sociedades anónimas cerradas, no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de las acciones emitidas con derecho a voto.

b) Los acuerdos relativos a las materias enumeradas en los números 1º a 14º del artículo 67 de la ley 18.046, requieren el voto conforme de los 2/3 de las acciones emitidas con derecho a voto.

c) Las reformas de los estatutos que tengan por objeto la creación, modificación o supresión de preferencias, deberán ser aprobadas con el voto conforme de las 2/3 partes de las acciones, de la serie o series afectadas.

d) Existen ciertos acuerdos que requieren unanimidad.

De las deliberaciones y acuerdos de las juntas se debe dejar constancia en un libro de actas el que debe ser llevado por el Secretario o Gerente, por cualquier medio que ofrezca seguridad. Así el artículo 73 del reglamento señala el contenido de las actas.

Cuando el acta se reduce a escritura pública no se requiere que contenga el nombre de los asistentes, basta que el Notario certifique el número de ellos y el total de las acciones poseídas o representadas. Por acuerdo unánime de los concurrentes, se puede omitir en el acta la constancia de un hecho ocurrido en la reunión que se relacione con los intereses sociales. Las actas deben ser firmadas por el Presidente, el Secretario, por tres accionistas elegidos en la junta y por todos los asistentes si son menores de tres.

Se entiende aprobada el acta desde el momento de su firma y desde esa fecha se pueden llevar a efectos los acuerdos a que se refiere. La ley de opas incorporó al artículo 72 un plazo para dar cumplimiento a las obligaciones indicadas, así el acta debe quedar firmada y salvada dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de celebración de la junta.

Por el contrario en las sociedades anónimas cerradas, la fiscalización del directorio está a cargo de dos inspectores de cuentas titulares o suplentes, designados por la junta ordinaria de accionistas, en virtud del artículo 56 número 3 de la ley 18.046, o bien de dos auditores externos independientes.

En las sociedades anónimas abiertas se requiere obligatoriamente la contratación de auditores externos e independientes, los que deben ser elegidos de los inscritos en los registros que lleva la superintendencia. Todo esto sin perjuicio que los estatutos establezcan la existencia de inspectores de cuentas.

A estos fiscalizadores les corresponde examinar libros, registros y documentos de antecedentes de la sociedad, especialmente la contabilidad, el inventario, el balance y otros estados financieros; y tienen la obligación de informar por escrito a la otra junta ordinaria de accionistas sobre el cumplimiento de su mandato. Ambos deben guardar reserva respecto de la información de la sociedad no difundida oficialmente al público a que tenga acceso, en el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de su deber de informar a los accionistas en la junta y de denunciar los delitos e irregularidades que ha su juicio existen en la administración y contabilidad de la sociedad.

Los cargos de inspectores de cuentas y auditores externos son indelegables y esencialmente irrevocables por la junta de accionistas. En las sociedades anónimas abiertas ambos están sujetos a la fiscalización de la superintendencia. Tanto el artículo 43 y 45 del reglamento establece quienes pueden o no ser inspectores de cuenta; y los artículos 48 y 50 del reglamento establece quienes pueden ser auditores externos.

Al final de cada ejercicio corresponde realizar un balance general de la actividad de la empresa, que refleja su situación patrimonial y los beneficios o pérdidas sufridas en su ejercicio. El balance general debe confeccionarse al 31 de diciembre o a la fecha que determine los estatutos, sin embargo por normativa del Servicio de Impuestos Internos siempre es al 31 de diciembre.

La memoria debe contener aquellas observaciones, comentarios o proposiciones que hubieren formulado los accionistas que poseen o representen el 10% o más de las acciones emitidas con derecho a voto, además del historial de las actividades de la sociedad. El balance y la memoria razonada del mismo deben ser presentadas por el directorio a la consideración de la junta ordinaria de accionistas, junto con los informes de los auditores externos o inspectores de cuentas, ya que el artículo 56 número 1 señala que es de conocimiento de esta junta el examen de la situación de la sociedad e informes presentados por el directorio y la aprobación o rechazo de los mismos.

El artículo 58 número 1 de la ley de sociedades anónimas, dispone que esta junta debe ser convocada por el directorio, para que se celebre dentro del cuatrimestre siguiente a la fecha del balance. La junta deberá resolver sobre la aprobación, modificación o rechazo de la memoria, balance y estados de ganancias o pérdidas y montos de dividendos que deban pagarse en su caso. Si el balance es rechazado, el directorio debe someter uno nuevo a la consideración de la junta en un plazo no superior a 60 días desde la fecha del rechazo. Si este nuevo balance se rechaza, se entiende revocado el directorio procediéndose en la misma oportunidad a la elección de uno nuevo.

CLASE 11

6. SOCIEDADES ANÓNIMAS QUE PARTICIPAN EN OTRAS SOCIEDADES

Las sociedades anónimas, con el objeto de maximizar sus utilidades, se relacionan con otras empresas por medio de la participación en sociedades[12]. De acuerdo con lo anterior, la concentración económica produce el alza del poder que poseen las empresas, es decir, no sólo se contribuye a la maximización de las utilidades, sino al aumento de poder.

En este contexto se pueden encontrar dos formas de relación entre las sociedades. La primera de estas formas de relación se muestra a través de las sociedades matrices y coligadas. La segunda manera de vínculo o de participación entre sociedades, se puede identificar a través de las sociedades coligantes y coligadas.

Continuando con lo anterior, se hará referencia a la primera forma de participación de las sociedades, y ésta procede cuando las inversiones superan el 50% del patrimonio de la empresa emisora o bien le permite a la sociedad inversora obtener la mayoría de los asientos en el directorio de la sociedad en que se efectúa la inversión; la inversora pasa a denominarse matriz y la emisora filial o subsidiaria. En este caso la matriz ejerce un control mayoritario sobre la segunda. Así se pueden encontrar la sociedad matriz y la filial, las que se describen a continuación.

a) La Sociedad Matriz. Es aquella que controla directa o indirectamente a una o más sociedades por concurrir alguna de las siguientes situaciones:

- Poseer más del 50% del capital con derecho a voto si se trata de una sociedad anónima.

- Poseer más del 50% del capital si no es una sociedad anónima.

[12] De personas o de capital.

- Tener la facultad o el poder de elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de los directores o administradores.

- Tener la facultad o el poder de dirigir u orientar la administración del gestor si es una sociedad en comandita.

b) La Sociedad Filial. Es aquella controlada directa o indirectamente por una sociedad matriz por concurrir alguna de las situaciones ya citadas para la sociedad matriz.

De la definición del artículo 86 de la ley 18.046, se desprende que el control de la matriz puede ejercerse en forma directa o indirecta. En forma directa cuando la primera posee más del 50% de la segunda o más del 50% de los derechos de la segunda. En forma indirecta frente a una tercera empresa en la medida que una filial tenga el control directo sobre aquella, o bien que la participación de la empresa matriz sumada a la participación de una filial representen conjuntamente más del 50% del patrimonio de dicha tercera empresa.

Ahora, cuando una sociedad realiza una inversión en otra que supere el 10% de las acciones de la emisora, sin llegar a tener el control mayoritario, la primera es coligante y la sociedad en que se invierte se denomina coligada o asociada.

Respecto de la segunda forma de participación de las sociedades, de acuerdo a lo señalado el artículo 87 de la ley 18.046, establece situaciones de filial y coligada, pudiendo diferenciar las siguientes situaciones, a saber:

a) La Sociedad Coligante. Es aquella que sin controlar a otra sociedad posee acciones en ella, concurriendo alguna de las siguientes condiciones:

- Posee el 10% de su capital con derecho a voto si es sociedad anónima.

- Posee el 10% de su capital si no es sociedad anónima.

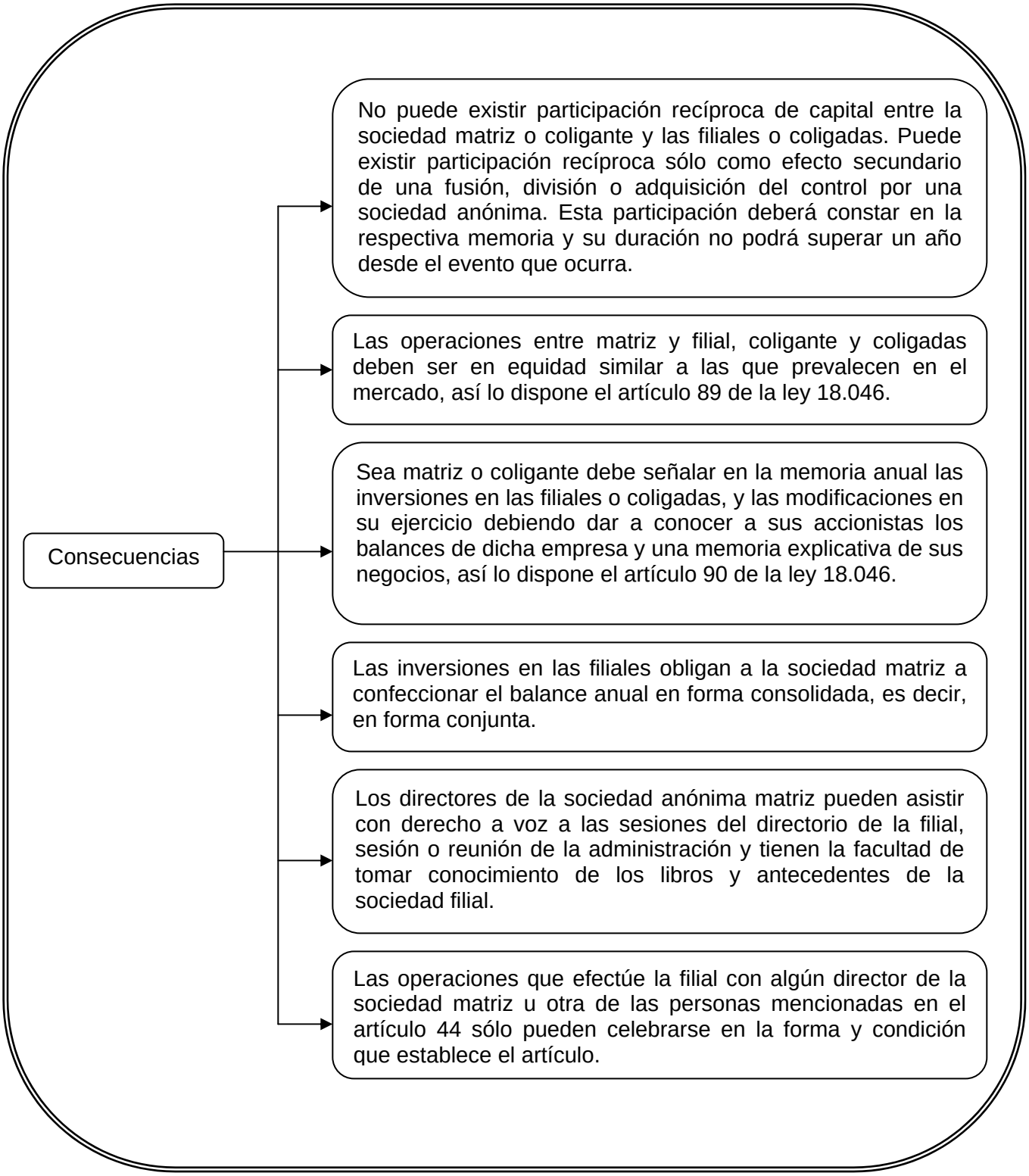
- Tiene la facultad de elegir o designar por lo menos un miembro del directorio, o de la administración de la misma.

- Tiene la facultad de participar en la designación del directorio o del gestor, si es una sociedad en comandita.

b) La Sociedad Coligada. Es aquella que está relacionada con una sociedad coligante por concurrir alguna de las situaciones que ya se señalaron para las coligantes.

El elemento distintivo en la matriz y sus filiales es el control, mientras que en la coligante y sus coligadas es la participación. Cabe señalar que una sociedad anónima sea matriz o coligante de otra sociedad acarrea las siguientes consecuencias, a saber:

Figura Nº 16: Consecuencias que acarrea una Sociedad Anónima sea Matriz o Coligante



- División, Transformación y Fusión de Sociedades Anónimas

La división de la sociedad anónima se la puede definir de la siguiente manera:

> Consiste en la distribución del patrimonio de una sociedad anónima entre sí y una o más sociedades anónimas que se constituyen al efecto.

En este caso les corresponde a los accionistas de la sociedad dividida, la misma proporción en el capital de cada una de las nuevas sociedades que aquella que poseían en la sociedad que se divide.

Cabe destacar que la división debe acordarse en junta general extraordinaria de accionistas en la que deberán aprobarse las siguientes materias:

- La disminución del capital social y la distribución del patrimonio de la sociedad entre ésta y la nueva o nuevas sociedades que se crean.

- La aprobación de los estatutos de la o de las nuevas sociedades a constituirse, los que podrán ser diferentes a los de la sociedad que se divide, en todas aquellas materias que se indiquen en la convocatoria. Esta aprobación incorpora de pleno derecho a todos los accionistas de la sociedad dividida en la o las nuevas sociedades que se formen.

Respecto de la transformación, ésta se la define como:

> El cambio de especie o tipo social de una sociedad, efectuado por reforma de sus estatutos, subsistiendo su personalidad jurídica.

En este contexto se debe señalar que la transformación puede ser de tres tipos, los que a continuación se exponen.

1) De sociedad anónima a otro tipo social.

2) De otro tipo social a sociedad anónima.

3) De sociedad anónima general a sociedad anónima especial.

Las normas aplicables y las formalidades están señaladas en el artículo 97 de la ley 18.046. En la práctica se puede presentar cuando una sociedad tiene responsabilidad personal, ilimitada y solidaria, y se quiere transformar a limitada.

El artículo 98 de la ley dispone que para resguardar debidamente a quienes hayan contratado con sociedades colectivas o en comanditas en atención a la responsabilidad

solidaria de sus socios y gestores evitando que la transformación se preste a maniobras evasivas. En consecuencia se expresa que esta transformación no libera a los socios y gestores de su responsabilidad por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación.

Por último en relación al concepto de fusión se puede señalar el siguiente:

Consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola ya existente o que se crea para que las suceda en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y los accionistas de los entes fusionados.

En cuanto a los tipos de fusión, éstos se mencionan a continuación:

- La fusión por creación, es cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aportan a una nueva sociedad que se constituye.

- La fusión por incorporación, es cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.

En estos casos, no procederá la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas. Cabe mencionar que una vez aprobados en junta general los balances auditados y los informes periciales que procedieren de las sociedades objeto de la fusión y los estatutos de la sociedad creada o de la absorbente, en su caso, el directorio de ésta deberá distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aquéllas, en la porción correspondiente.

Continuando con lo anterior, estas tres figuras son materia de junta extraordinaria de accionistas, conforme al artículo 57 de la ley 18.046, y requiere el voto conforme de las 2/3 partes de las acciones emitidas por su aprobación, ello de acuerdo al artículo 67 número 1º de la ley, además se trata de materias que deben acordarse en junta celebrada ante Notario.

Finalmente, en cualquiera de estas figuras se debe siempre respetar los derechos de los accionistas, en este sentido ningún accionista, a menos que consienta en ello, podrá perder su calidad de tal con motivo de un canje de acciones; fusión; incorporación; transformación o división de una sociedad anónima.

7. QUIEBRA, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

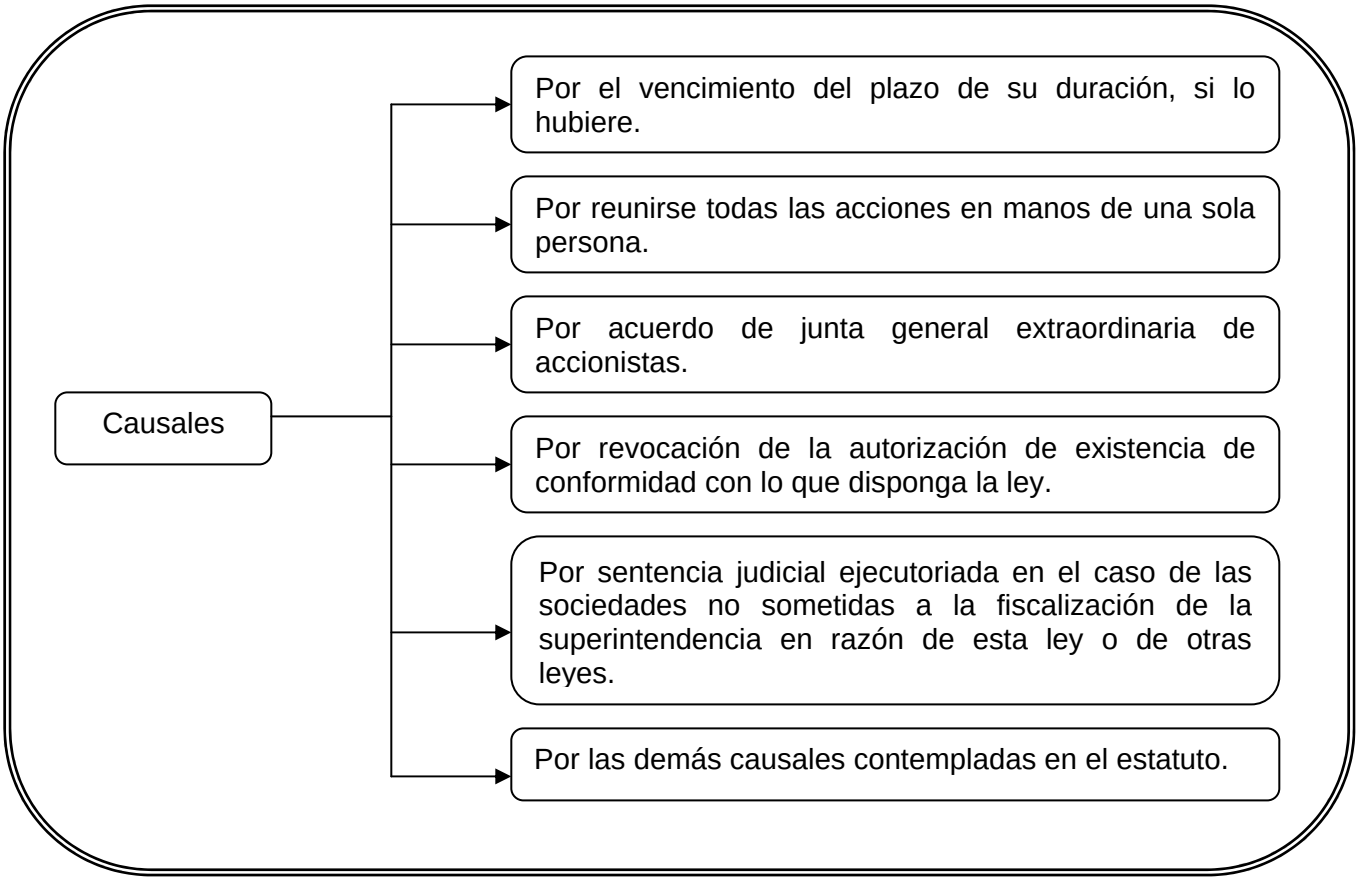
La ley reglamenta la quiebra en los artículos 101 y 102, y conforme a estos, cuando una sociedad anónima ha cesado en el pago de una o más de sus obligaciones o ha sido declarada en quiebra por resolución ejecutoriada, deberá citar a junta de accionistas para ser

celebrada dentro de los 30 días siguientes de acaecidos estos hechos, para informar ampliamente sobre la situación legal, económica y financiera de la sociedad[13].

En este contexto cuando una sociedad anónima abierta cesa en el pago de una o más de sus obligaciones, el gerente o el directorio en su ausencia, deberá dar aviso el día siguiente hábil a la superintendencia. Igual comunicación deberá enviar si algún acreedor de la sociedad solicite la quiebra de ella, sin perjuicio que el juzgado ante el cual se entable la acción deberá poner este hecho en conocimiento de la superintendencia, como asimismo, comunicarle la declaratoria posterior de quiebra[14].

En relación a la disolución de la sociedad anónima, el artículo 103 de la ley 18.046 señala cuales son las causales de ésta, las que son:

Figura Nº 17: Causales de Disolución de la Sociedad Anónima



[13] Ley de sociedades anónimas.

[14] El artículo 102 de la ley establece dos presunciones del conocimiento del mal estado de los negocios, para los efectos que la sociedad deudora antes de ser declarada en quiebra sea sometida a intervención.

La liquidación se trata de un proceso necesario para tomar conocimiento con el activo y el pasivo, que se realiza una vez producida la disolución de la sociedad, salvo cuando la causal de disolución es la del número 2º del artículo 103 de la ley. Para determinar quien es el encargado de realizar la liquidación se debe distinguir la causal por la cual se produce, así se tiene:

- Si la disolución ha sido decretada por sentencia ejecutoriada, la disolución se decretará por un solo liquidador, elegido por la junta de accionistas de una quina que presentará al Tribunal. Este liquidador tiene la representación judicial y extrajudicial de la sociedad.

- Cuando la disolución se haya producido por la revocación de autorización de existencia, la liquidación puede ser efectuada por la superintendencia personalmente a través de delegados. Lo mismo ocurre cuando se ha disuelto la sociedad por sentencia ejecutoriada, y la ley expresamente encomienda dicha función a la superintendencia u otra autoridad.

- Por las restantes causales la liquidación se practicará por una comisión liquidadora elegida por la junta de accionistas del mismo modo, en que conforme al artículo 66 se eligen a los directores. Esta comisión liquidadora debe estar formada por tres miembros, de ellos se debe elegir un presidente que representará judicial y extrajudicialmente a la sociedad.

La comisión liquidadora o el liquidador sólo podrán ejecutar los actos o contratos que tiendan directamente a efectuar la liquidación de la sociedad. Los liquidadores se encuentran investidos de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativa de la junta de accionistas sin que sea necesario otorgarle poder especial.

La junta puede acordar limitar las facultades de los liquidadores, debiendo dicho acuerdo reducirse a escritura pública y anotarse al margen de la inscripción social. Los liquidadores duran en sus cargos el tiempo que determine la junta, la justicia o los estatutos, no pudiendo exceder de tres años, pueden ser reelegidos por una sola vez en sus funciones y son esencialmente revocables por la junta que los nombra, pero se requerirá autorización de la superintendencia y la justicia cuando hayan sido elegidos o nombrados a proposición de estos.

Cabe señalar que los liquidadores entran en funciones una vez cumplida todas las formalidades legales para la disolución de la sociedad. Sus funciones no son delegables, pero pueden delegar parte de sus facultades en uno o más liquidadores.

En cuanto a la duración del proceso de la liquidación, éste no puede durar más de 6 años desde la disolución de la sociedad. La junta de accionistas al momento de nombrar a la comisión liquidadora puede establecer un tiempo menor. Durante la liquidación, por regla general, la sociedad no puede ejecutar ningún acto, sin embargo se le está permitido según el artículo 109 inciso segundo:

a) Efectuar los actos y celebrar los contratos que tiendan directamente a facilitar la liquidación.

b) Efectuar operaciones ocasionales o transitorias del giro, a fin de lograr la mejor realización de los bienes sociales, sin que esto signifique continuación del giro social.

En este contexto durante la liquidación continuarán reuniéndose las juntas ordinarias, en ellas, los liquidadores dan cuentan el estado de la liquidación y se acuerdan las providencias necesarias para cumplir el proceso, además se puede revocar el mandato de los liquidadores o modificar el régimen de liquidación.

Los liquidadores deben presentar y publicar los balances y estados financieros que establece la ley, y pueden convocar a juntas extraordinarias de accionistas según el artículo 58 de la ley 18.046. A la comisión liquidadora elegida por la junta le corresponde la remuneración que la misma junta determine. En los demás casos se aplica el artículo 120 de la ley ya citada.

Finalmente en la liquidación practicada con la superintendencia, se convoca a juntas sólo cuando ésta lo estime, o cuando le sea solicitado por accionistas que posean a lo menos el 10% de las acciones emitidas. En consecuencia, se puede dar el caso que nunca se convoque una junta si no lo piden los accionistas.

CLASE 12

8. SOCIEDADES POR ACCIONES

La ley 20.190, publicada por el Diario Oficial, con fecha 5 de Junio de 2007, estableció las nuevas sociedades por acciones, la cual se examinará a continuación desde un punto histórico y funcional.

Cabe señalar que durante la creación de esta nueva ley, se pueden observar el nacimiento de dos grandes posiciones, una tendiente a la postura positivista[15] y la otra económica o utilitaria, en el sentido de lograr el desarrollo de actividad económica.

El legislador, con la creación de esta ley, ha buscado por un lado, generar una organización jurídica imperativa y prohibitiva, y por el otro ha impuesto una novedosa normativa para lo que se venía utilizando en Chile, ya que promueve la desregulación de las normas (o flexibilización de las leyes).

[15] Las normas de conducta se legitiman por el hecho de redactarse en la ley.

En este contexto resulta interesante señalar cuales fueron las causas que motivaron al poder ejecutivo para dictar la nueva ley. Dado lo anterior, se pueden mencionar los siguientes causas:

a) Los costos más baratos de transacción y de contratación comercial.

b) La promoción del desarrollo de la industria de capital de riesgo.

c) La motivación a la realización de nuevos proyectos.

d) Se modifica y perfecciona los regímenes de administración societarias.

e) Se fortalecen los mecanismos de fiscalización y todas las funciones anexas.

Como consecuencia de lo anterior cabe destacar que el objetivo principal de la dictación de la ley Nº 20.190 es la necesidad de incentivar la inversión y la propia financiación de las empresas[16].

Continuando con lo anterior, las sociedades por acciones que se han implantado en Chile, no son una creación original de este país, por el contrario, ha sido la aplicación de proyectos legislativos de países extranjeros, por ejemplo Francia, donde se promueve como elemento fundamental la participación del socio. En este sentido, cabe señalar que en Chile existen distintos tipos de sociedades de variada índole, pero ninguna de ellas promueve la participación sencilla de cada socio, en la que cada uno de ellos puede transar libremente, y así fomentar el capital de riesgo.

Respecto de las sociedades anónimas, es verdad que motivan la inversión de capital, pero solamente hasta cierto punto, toda vez que se exigen el cumplimiento de una serie normas legales, antes de dar efectividad a sus proyectos. En cambio, las nuevas sociedades por acciones, como se señalaba anteriormente, dan una mayor flexibilidad al desarrollo de proyectos en el sentido que los socios hacen valer sus derechos por medio del contrato celebrado, y no pasando por un colador de normas legales que limitan su funcionamiento.

De esta manera, a través de la dictación de la nueva ley, se fomenta el denominado principio dispositivo, el cual pone a disposición de las partes la facultad de dictar sus propias normas que las regularán. Como consecuencia de lo anterior, se fomenta indudablemente el desarrollo de la industria de capital de riesgo y a su vez el financiamiento de nuevos proyectos.

[16] Andrés Jara Baader, Revista de Derecho, Sociedades por Acciones, Ley 20.190.

- Concepto y Principales Caracteres de las Sociedades por Acciones

El concepto de estas sociedades se puede extraer de la propia ley y del Código de Comercio, el cual señala en su artículo 424:

> La sociedad por acciones, o simplemente la sociedad para los efectos de este párrafo, es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado de acuerdo con los preceptos siguientes, cuya participación en el capital es representada por acciones.

Con respecto de la existencia de estas sociedades cabe señalar que pueden ser formadas por una o más personas naturales o jurídicas, sin perjuicio que con posterioridad se enajenen acciones a terceros que pasen a adquirir la calidad de socios. Aquí radica el elemento más importante de esta nueva ley, la cual permite la formación de sociedades unipersonales, situación que no se había aplicado anteriormente en Chile.

En lo que respecta a la administración de las sociedades por acciones, no se han dictado normas expresas que orienten al destinatario al manejo de ésta. Sin embargo, se puede desentrañar de las distintas normas expresadas en la ley, que debe existir un órgano denominado Junta de Accionistas, cuyas competencias y funciones, frente a la ausencia de disposiciones concretas, quedará al arbitrio de la autonomía de la voluntad.

De tal forma, y citando lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 424 introducido al Código de Comercio por la ley en estudio, sólo se puede concluir que la forma y el fondo de la administración de estas sociedades queda encomendada a la autonomía de la voluntad, donde se ve reflejada la flexibilización de las normas.

En relación al capital de las sociedades por acciones se ha señalado que éste debe ser fijado de forma precisa en los estatutos y debe encontrarse dividido en acciones nominativas. En este contexto, las acciones deberán constar en títulos, sin perjuicio de ello se autoriza para determinar en el estatuto que los títulos no sean emitidos.

Cabe señalar que con la dictación de la nueva ley de sociedades por acciones, se ha incluido un nuevo elemento, el denominado “capital autorizado”, mediante el cual se delega en la administración la facultad de efectuar los aumentos de capital de la sociedad. De acuerdo con ello, esta delegación puede ser general o específica, toda vez que primará la autonomía de la voluntad en su delimitación. Como se puede observar la finalidad de esta institución es la de otorgar mayor flexibilidad para adaptar los procesos de captación de recursos a la evolución de los mercados.

En relación a las acciones (que conforman el capital) con las que transa esta sociedad, su valor y número son determinados por los accionistas, las que deberán ser nominativas. Respecto de las acciones, aparece una diferencia con las sociedades anónimas en el sentido

que si el valor no ha sido enteramente pagado por los accionistas (en la nueva ley) no tendrán ningún derecho. Lo anterior, no sucede en las sociedades anónimas toda vez que, si no se han pagado las acciones en su totalidad, ello no impide poseer otros derechos, es más, solamente carecen del derecho de participar en beneficios sociales y devoluciones de capital.

Continuando con lo anterior y de acuerdo al artículo 437 del Código de Comercio cada accionista dispondrá de un voto por cada acción que posea o represente. Sin embargo, el estatuto podrá contemplar series de acciones son derecho a voto limitado o más de un voto por acción[17].

En conclusión se pueden señalar como principales caracteres que diferencian las sociedades por acciones de las sociedades anónimas, las que se mencionan a continuación:

1) Las sociedades por acciones pueden ser creadas por una sola persona, sea ésta natural o jurídica.

2) No es obligatorio, en las sociedades por acciones, que la administración de la sociedad se efectúe o ejerza por medio de un directorio, sino que eso dependerá exclusivamente de las partes, ya que éstas pueden determinar la estructura que les parezca.

3) Respecto de la estructura de financiamiento en este tipo de sociedades, poseen amplia libertad. Lo anterior se ve reflejado en los siguientes puntos:

   a) Se pueden aprobar aumentos de capital.

   b) No existe el derecho de suscrición preferente a favor de los accionistas.

   c) No existe un plazo máximo legal para pagar las acciones suscritas.

   d) Pueden pactarse dividendos preferentes por montos fijos a favor de ciertas series de acciones.

4) En las sociedades por acciones se consagra una libre entrada y salida en la propiedad de la sociedad.

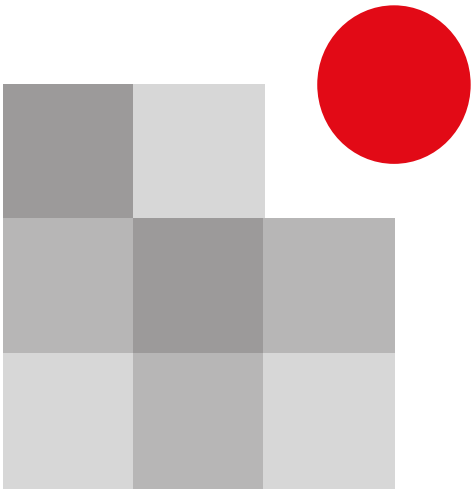
5) Por último se reconoce con mayor amplitud que la sociedad sea dueña de acciones de su propia emisión, y en caso de recaer todas ellas en una, la sociedad no se disuelva, como sucede con las sociedades anónimas[18].

Realice ejercicios nº 20 al 30

[17] Código de Comercio.

[18] Alessandri & Compañía Abogados, Agosto del año 2007.

RAMO: DERECHO COMERCIAL



IPLACEX
instituto profesional

UNIDAD III

TÍTULOS DE CRÉDITOS, MERCADOS DE VALORES Y LA QUIEBRA

CLASE 01

1. TITULOS DE CRÉDITOS

La actividad mercantil es fundamentalmente de mediación e intermediación en el intercambio de bienes y servicios de un patrimonio a otro, es decir, la circulación de valores patrimoniales. El derecho civil o común ha creado mecanismos de circulación que con el tiempo fueron resultando ineficientes para llenar los requerimientos de mayor rapidez, certeza y seguridad que exigía la economía. El derecho comercial suplió dicha insuficiencia por medio de los títulos de créditos, los cuales revisten las siguientes características: en primer lugar la certeza en la existencia del crédito, en segundo lugar la rapidez en las negociaciones propias a la circulación del crédito, y por último la seguridad en la ejecución final del título.

Por crédito se entiende, toda convención por la cual se posterga en el tiempo el cumplimiento de la obligación.

Cabe señalar que el crédito y la obligación correlativa por una razón de seguridad y certeza se contienen normalmente en algún tipo de instrumento, como por ejemplo una escritura pública que contiene una cláusula con saldo de precio o un contrato de préstamo de dinero.

Todos estos instrumentos de origen civil no son suficientes para cubrir las necesidades de la actividad mercantil. Cuando la obligación que se difiere en el tiempo es la entrega de una suma de dinero, y su titular es un comerciante o empresario se requiere mayor rapidez en la circulación, ya que éste por su actividad no siempre puede esperar el vencimiento del plazo, ya que necesita dinero de inmediato. Por lo anterior se hizo necesario la creación de un instrumento que permita el traspaso del crédito en forma ágil de una mano a otra, con el fin de obtener el equivalente antes del vencimiento.

Por último, los títulos de crédito facilitan la circulación de los derechos personales, permitiendo las movilizaciones del valor o riqueza que éstos representan. Este antecedente es el que explica su masivo uso en el tráfico mercantil.

- Concepto de Título de Crédito

A continuación se darán distintos conceptos de los títulos de créditos, a saber:

Son documentos que llevan incorporados un derecho literal y autónomo que se puede ejercer por el portador legítimo contra el deudor a la fecha del vencimiento[1].

[1] Joaquín Garriguez.

Otra definición de título de crédito señala lo siguiente:

> Documento destinado a la circulación, en los que consta una obligación y que dan derecho a su titular legítimo para exigir su cumplimiento en la forma, plazo y condición que señala[2].

Por último, el título de crédito se puede definir como:

> Un documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que en él señala o se menciona[3].

Una de las principales características, conforme a los conceptos de estos títulos, es su documentalidad porque constituye el origen, prueba y ejercicio del derecho. Por lo que la relación jurídica además de originaria es permanente.

Cabe señalar que para que nazca el derecho, la voluntad originaria debe consignarse en el documento. El derecho así nacido subsiste compenetrado con el documento, de modo que el título es condición necesaria y suficiente para atribuir el derecho, y quien tiene el documento en su poder puede ejercer su derecho.

La incorporación del derecho al título facilita la circulación de los derechos personales en la medida que evita el uso de las reglas de la cesión de créditos, básicamente se asimila el régimen de la cesión de los bienes muebles y se transfiere el documento.

Continuando con lo anterior cabe señalar que los títulos de crédito se componen de dos elementos que lo definen e identifican, éstos se mencionan a continuación:

1) El Documento. Es el soporte natural, desde el punto de vista de su materialidad, es un bien mueble y como tal puede ser objeto de relaciones reales, por ejemplo el usufructo, la posesión, entre otros. Así, su valor se ve representado por las obligaciones que les son propias.

> El documento es el instrumento inscrito en el que el suscriptor (persona que firma) ha incorporado una declaración de voluntad con contenido económico.

[2] Ricardo Sandoval.

[3] Cesar Vivande.

2) El Vínculo Jurídico. Se trata del derecho u obligación contenida en el documento. De esta manera consiste en el derecho a él incorporado que tiene un carácter económico.

- Características de los Títulos de Créditos

Los títulos de créditos poseen una serie de características que permiten la eficaz incorporación y fácil circulación de los derechos.

En la siguiente figura se mencionan las características más importantes que identifican a los títulos de créditos.

Figura Nº 1: Características de los Títulos de Créditos

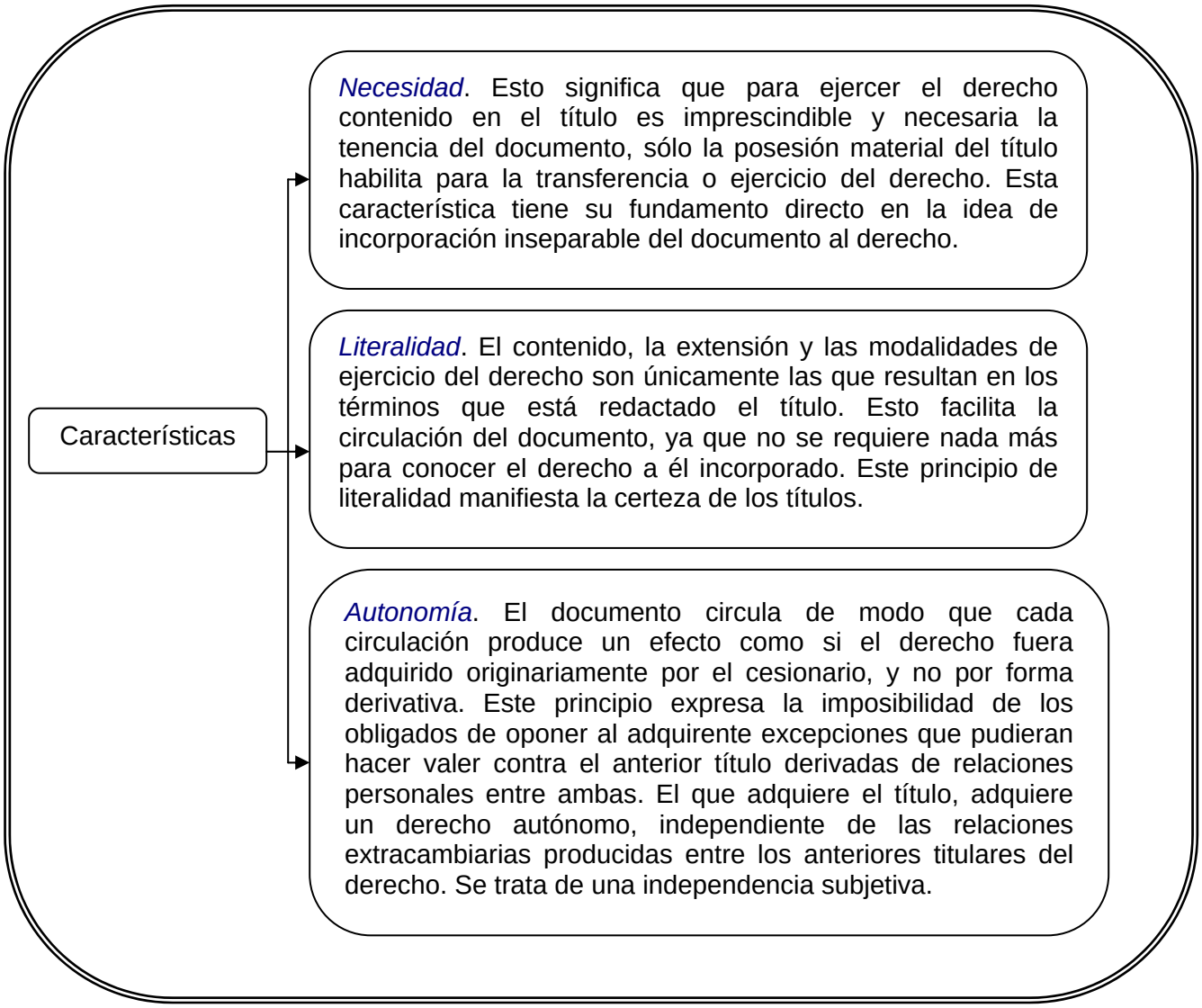


Figura Nº 1: (continuación) Características de los Títulos de Créditos

Características

Legitimación. El tenedor de un título de crédito está legitimado cuando se encuentra habilitado para el ejercicio de los derechos que nacen del documento, y lo estará en la medida en que haya obtenido el título conforme a sus normas de circulación. Desde el punto de vista activo, implica que es tenedor legítimo quien puede válidamente exigir el pago; y desde el punto de vista pasivo, significa que es tenedor legítimo aquel a quien el deudor puede efectuar válidamente el pago.

Abstracción. El título de crédito puede emitirse con motivo de cualquier contrato, éste pasa a ser un antecedente o relación fundamental. La circunstancia de documentar el derecho no significa necesariamente la extinción del antecedente o relación fundamental, pues ambas relaciones jurídicas pueden coexistir.

Formalidades. Esta característica dice relación con el cumplimiento de ciertos requisitos formales necesarios para que el título de crédito se estime completo, el cual se da respecto de los títulos abstractos, ya que aquellos que son causales pueden ser no formales, ello porque la cuantía, modalidad y demás condiciones de su ejercicio se pueden encontrar complementadas con la relación fundamental que los motiva.

CLASE 02

- Transferencia de los Títulos de Créditos

Se entiende por transferencia de los títulos de créditos una:

Convención mediante la cual el acreedor traspasa voluntariamente su crédito a otra persona, en virtud de cualquier título traslaticio de dominio. La transferencia o cesión es el modo de adquirir.

En este contexto las personas que intervienen en la cesión, son generalmente tres: el cedente, que es el acreedor que transfiere el crédito; el cesionario, es la persona a cuyo favor se hace la transferencia y que pasa a constituirse en el nuevo acreedor y el deudor cedido, que es el obligado por el crédito contenido en el título.

A continuación, se estudiarán los distintos tipos de cesión de títulos:

- Cesión de los Títulos Nominativos. A estos también se les denomina por el legislador créditos no endosables. Su cesión se encuentra reglamentada en los artículos 1901 y siguientes del Código Civil, y el 162 del Código de Comercio. Estos artículos señalan que la cesión se perfecciona entre el cedente y el cesionario (persona que recibe el título) por la entrega del título.

  De esta manera el título debe llevar anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente. Esta entrega hecha por el cedente al cesionario es la tradición. Respecto del deudor cedido la cesión se perfecciona por su notificación o por su aceptación. La notificación debe hacerlo el cesionario con exhibición del título, así lo dispone el artículo 1903 del Código Civil, sin embargo esta regla fue modificada por el artículo 162 inciso segundo del Código de Comercio, que requiere respecto de los créditos mercantiles que la notificación sea hecha por un ministro de fe, con exhibición del respectivo título, para lo cual basta el simple requerimiento del cesionario.

  En cuanto a la aceptación, ésta puede ser expresa o tácita. Expresa es la que se hace en términos formales y explícitos, ya sea concurriendo el deudor al acto de la cesión o manifestando su aceptación en instrumento aparte; tácita es aquella que se deduce de un hecho que lo suponga como la contestación a la demanda del cesionario o el pago.

- Cesión de Títulos de Crédito a la Orden. El Código Civil no reglamenta este tipo de cesión y se remite al Código de Comercio y leyes especiales. Conforme a lo establecido en el artículo 164 del Código de Comercio, la cesión de estos títulos se perfecciona entre el cedente, el cesionario y el deudor por medio del endoso.

  El artículo 17 de la ley 18092 sobre letras de cambio y pagaré, define el endoso como:

> El escrito por el cual el tenedor legítimo transfiere el dominio de la letra, la entrega en cobro o la constituye en prenda.

De acuerdo con lo anterior dicha ley distingue tres tipos de endosos según su finalidad, a saber:

a) El endoso traslaticio de dominio, el cual permite perfeccionar la cesión del título.

b) El endoso en comisión de cobranza.

c) El endoso en garantía.

El endoso materialmente debe estamparse al dorso del título o en una hoja de prolongación adherida a él. El deudor cedido puede oponer (para defenderse) al endosatario sólo las excepciones reales y personales que en contra suyo tuviere, pero no las que tenía en contra del endosante, pues el endoso purga las excepciones. En cuanto a la responsabilidad el endosante responde tanto de la existencia del título como de la solvencia del deudor, en otras palabras es de la naturaleza del endoso dejar al endosante responsable solidariamente con los demás obligados al pago del documento.

- Cesión de Títulos de Crédito al Portador. Conforme a lo que señala el artículo164 del Código de Comercio, la cesión se efectúa por la simple entrega manual del título, en este caso el deudor no puede oponer otras excepciones que las que nacen del título, es decir, las reales; y el cedente es responsable de la existencia del título y su dominio al tiempo de la cesión más no de la solvencia del deudor (es decir, que tenga dinero el deudor).

1.1. Títulos de Créditos Representativos de Dinero

En la legislación chilena se regulan dos títulos de crédito, éstos son la letra de cambio y el pagaré, sin embargo la doctrina los asimila al cheque.

- Letra de Cambio

Se encuentra regulada en la ley 18.092 del año1982. La ley no define lo que debe entenderse por letra de cambio, sin embargo doctrinariamente se la conceptualiza como:

> Una orden escrita revestida de las formalidades exigidas por la ley, en virtud del cual el librador ordena al librado a pagar una cantidad determinada de dinero a la persona designada o a su orden.

El derogado artículo 632 del Código de Comercio lo definía como un mandato escrito, de manera que se entendía que la relación del librador y el librado estaba regida por las normas del mandato. La aplicación del mandato a la letra de cambio resultaba bastante forzada, por una parte porque los actos relativos a la letra de cambio son unilaterales, en cambio el mandato es un contrato bilateral; y por otra parte porque una vez aceptada la letra el librado no se obliga con el librador que sería su mandante sino con un tercero, el beneficiario.

Cabe destacar que la ley 18.092, elimina la referencia del mandato y prescinde también de la relación previa entre el librador y el librado que es extraña a la letra de cambio.

Continuando con lo anterior en la letra de cambio intervienen tres sujetos, los cuales se analizarán en la siguiente figura:

Figura Nº 2: Sujetos que Intervienen en la Letra de Cambio

Sujetos

El Librador o Girador. Es la persona que emite o libera la letra de cambio ordenando al librado el pago de la cantidad en ella expresada. Se ordena el pago de la cantidad establecida en la letra; es decir se configura el principio de literalidad. Cabe señalar que el librador por el libramiento se obliga a hacer pagar la letra, es decir, garantiza su pago. Por último la firma del librador es un elemento esencial de la letra, es decir sin ésta no tiene validez.

El Librado. Es aquel contra quien se gira la letra, a quien se ordena a pagar la cantidad en ella expresada. Cabe destacar que al tiempo de la emisión el librado es un extraño a la relación cambiaria, que no adquiere obligación alguna, su obligación de pago nace una vez que acepta la orden que se le ha hecho y de ahí pasa a llamarse *aceptante*, y se constituye en el principal obligado al pago de la letra. En este sentido la aceptación se expresa mediante la firma en forma transversal en el anverso de la letra (usualmente al lado izquierdo). Para que la letra se entienda aceptada basta la sola firma, aunque también puede ir acompañada de las palabras *"acepto"* u otras semejantes.

El Beneficiario. Es la persona a quien o a cuya orden debe hacerse el pago. También se le denomina *tomador*. Respecto de la individualización del beneficiario la letra de cambio puede ser emitida nominativamente (a nombre de una persona determinada) o a la orden, de ahí que la designación del nombre del beneficiario es mención esencial de la letra, así lo dispone el artículo 18 en relación al artículo 1 número 4º de la ley.

En este contexto dentro de la relación cambiaria los sujetos nombrados anteriormente pueden presentar otras diferencias, es así que nacen otros intervinientes, a saber:

a) El Endosante. El beneficiario recibe este nombre cuando transfiere la letra mediante endoso. A través del endoso, el endosante queda solidariamente responsable de la aceptación y del pago de la letra. Salvo estipulación en contrario estampada al dorso del documento junto con la cláusula utilizada es "sin responsabilidad para mi". En las letras de cambio, se hace excepción a las reglas generales de transferencia y cesión, por cuanto la letra nominativa puede también ser transferida por endoso.

b) El Endosatario. Éste adquiere el dominio de la letra, en virtud de un endoso y pasa a ser su tomador o tenedor legítimo, es decir, el actual titular de la letra.

c) El Avalista. Es la persona que se constituye en aval garantizando el pago de la letra de cambio.

El aval es un acto escrito en la misma letra o en una prolongación adherida a ella o en un documento separado en virtud del cual una persona garantiza en todo o en parte el pago de la letra.

Cabe señalar que si el aval se otorga en la letra, puede hacerse mediante la firma al adverso, o la firma más una cláusula que identifique el acto en el reverso. Normalmente se usa "por aval". El avalista es una excepción al principio de la literalidad cuando se emite en un instrumento separado.

Por último el endosatario puede volver a endosar la letra y se constituirá en endosante. El primero en responder será el aceptante, luego los demás obligados.

– Operaciones sobre Letras de Cambio

Existen distintos tipos de operaciones que se pueden realizar en función de la letra de cambio. Éstos se explican de la siguiente manera:

a) El giro, Libramiento o Emisión. Álvaro Puelma define el giro o libramiento como la orden de pago estampado en el documento bajo la firma de quien lo da.

El giro de la letra de cambio es un acto jurídico unilateral que se perfecciona con la sola voluntad del librador manifestado mediante su firma puesta en la parte inferior derecha de la letra.

El giro de la letra es un acto de comercio conforme a lo que señala el artículo 3 número 10 del Código de Comercio, de esta manera las personas que utilicen o giren

letras de cambio, son considerados comerciantes. Continuando con lo anterior pueden ser libradores de una letra, uno o más personas. En cuanto a la capacidad del librador para poder ejecutarlo se rige por las normas generales del Código Civil.

En este contexto el objeto del giro es el pago de una cantidad determinada o determinable en dinero. La causa del giro de la letra está representado por el negocio jurídico que lo antecede, siendo irrelevante que se exprese en la letra, por cuanto una vez que ésta ha entrado a circular se transforma en un documento abstracto cuya vigencia y validez es independiente del negocio causal que lo originó.

Como el giro es un acto jurídico unilateral el librado no resulta obligado, sin embargo se obliga el librador a hacerlo pagar, garantizando su aceptación y pago.

En relación a la garantía de aceptación, ella afecta al librador cuando el librado es requerido por el portador legítimo y éste no acepta la letra, siendo protestada por falta de aceptación. El portador tiene derecho a exigir del librador y endosantes el pago del importe de la letra, aún antes del vencimiento. El librador puede eximirse de la responsabilidad de la aceptación de la letra incluyendo una cláusula accidental respondiendo solamente por el pago, obligación de la cual no puede eximirse nunca, ni total, ni parcialmente.

En este contexto la cláusula que suele utilizarse para eximirse de la garantía de aceptación es "sin garantía" o "sin responsabilidad para mí". La responsabilidad práctica de la garantía de aceptación reside en la caducidad del plazo el que opera una vez que se ha protestado la letra por falta de aceptación, lo que constituye un beneficio para el portador que no tendrá que esperar que se cumpla el plazo de vencimiento de la letra para cobrarla.

Si el librador se exime de esta garantía, no se produce la caducidad del plazo. Y el portador sólo podía hacer efectiva su responsabilidad por el pago una vez vencido el plazo y protestada la letra por falta de pago, salvo que se hubiere incluido una cláusula que no lo obligue a efectuar el último protesto.

La garantía de pago señala que si el librado da su aceptación, pero llegado el vencimiento no paga, el portador tiene, previo protesto de la letra por falta de pago en tiempo y forma, derecho a cobrar el importe de la letra al librador. El protesto de la letra, una vez que éste ha sido presentado por el portador al cobro y el librado o aceptante no lo paga, es indispensable que el portador conserve sus derechos contra las demás obligaciones en garantía al pago de la letra, es decir, se requiere que no se produzca el perjuicio de la letra; salvo que se haya incluido en la letra, cláusula de vuelta sin gasto o sin obligación de protesto, o que el librado haya sido declarado en quiebra antes del vencimiento de la letra. El librador no podrá eximirse de la garantía de pago, es más cualquier cláusula que intente eximir o limitar su responsabilidad por el pago se tiene por no escrito.

b) Una segunda operación que se realiza es la Aceptación.

La aceptación es el acto jurídico unilateral por el cual el librado consiente en la orden que se le hace en la letra de cambio, de pagar lo indicado en la letra al beneficio o a su orden, todo esto en la época del vencimiento.

Cabe señalar que el efecto fundamental de la aceptación es constituir al aceptante en obligado principal al pago de la letra. El librado es un extraño al acto de emisión y mientras se mantenga en tal carácter, ninguna obligación contrae. El librado sólo se obliga desde que aceptó transformándose en deudor directo y principal, y asumiendo la obligación de aceptante.

Por ello si el librado paga la obligación, antes de aceptar la letra, paga como tercero y no como obligado, subrogándose en todos los derechos del portador emanados del documento. Por último, la aceptación no constituye un requisito de existencia de la letra.

En relación a la aceptación, ésta comprende dos características importantes, las cuales son:

1) La aceptación debe ser pura y simple, así se desprende del artículo 42 de la ley 18.092. Sin embargo, existen dos excepciones que permiten que se le agregue a la aceptación cláusulas adicionales. Por un lado, el librado puede restringir su aceptación a una parte de la suma librada y en ese caso el aceptante queda obligado sólo en los términos de su aceptación. Por otro lado, el aceptante puede señalar un domicilio o residencia para que en él se efectúe el pago, y que sea distinto al indicado originalmente en la letra, siempre que se encuentre en la misma provincia.

2) La aceptación es irrevocable, una vez dada la aceptación el librado no puede retractarse de ello. Sin embargo el artículo 44 permite al librado que ha aceptado, borrar o tachar su aceptación, agregando a la letra la expresión "retiro mi aceptación" y volviendo a firmar siempre cuando esto ocurra antes de restituir la letra al portador. En consecuencia la aceptación pasa a ser irrevocable una vez que la letra es restituida a su portador.

En este sentido la aceptación debe darse por escrito en la misma letra de cambio y se exterioriza mediante la firma puesta en el anverso de la letra, así lo dispone el artículo 33 de la ley en comento.

Existen casos, que además de la firma del aceptante, es necesario fechar la aceptación, esto ocurre cuando se trata de una letra girada a un plazo contado desde la vista, es decir, desde la aceptación o cuando la letra debe ser presentada a la aceptación dentro de un plazo determinado en virtud de cláusulas especiales. La falta de fecha de la aceptación impone al portador legítimo en estas letras la carga de protestarlas para conservar sus derechos contra los otros obligados. El término para pagar la letra correrá desde el día del protesto. No existe caducidad del plazo en caso que no exista fecha de aceptación, sino por falta de aceptación.

En este contexto el portador de la letra una vez que la ha recibido del librador o del endosante se puede encontrar en alguna de las siguientes situaciones dependiendo de la naturaleza de la letra.

1) Si la letra de cambio es a la vista debe ser pagada al momento de ser presentada, es decir, vence al momento de su presentación. En este caso coincide la presentación de la letra a la aceptación con la presentación de la letra al cobro, de modo que el librado al mismo tiempo estaría pagando y aceptando o en el caso opuesto, al negar el pago está negando también la aceptación.

   En consecuencia, respecto de estas letras el portador legítimo no se encuentra en la necesidad de realizar más que una actuación, en el fondo no es necesario que una oportunidad requiera la aceptación y en otra distinta requiera el pago, pues ambas oportunidades se confunden con una sola. Estas clases de letras deben ser presentadas dentro del plazo de un año desde su giro, transcurrido el cual quedan sin valor, así lo dispone el artículo 49 de la ley.

2) Si la letra ha sido girada a un plazo desde la vista, el plazo para su vencimiento corre desde el día de su aceptación o desde su protesto por falta de aceptación, o por falta de fecha de su aceptación, así lo dispone el artículo 50 de la ley 18092. De esto se desprende que necesariamente el portador legítimo debe antes del cobro presentarla a su aceptación, pues sólo entonces comenzará a correr el plazo para su vencimiento.

3) Si la letra es girada a un día fijo y determinado o es girada a un plazo desde la emisión es facultativo para su portador legítimo presentar la letra a su aceptación antes que se produzca su vencimiento.

   Puede ser conveniente para el titular presentar la letra a la aceptación con anticipación al vencimiento y saber con antelación si el librado la acepta o no; pues si no la acepta puede protestar por falta de aceptación y producir la caducidad del plazo a que está sujeta la letra, en otros términos provocar su vencimiento anticipado, lo que le permitiría exigir a los obligados en garantía el pago de la letra haciendo efectiva la garantía de aceptación que le debe.

   Respecto a la persona que puede presentar la letra a su aceptación, conforme al artículo 34, el titular de la letra puede presentarlo por sí o por mandatario especial. Dicho artículo se refiere al "propietario de la letra" y habría que entender que con ello hace referencia al portador legítimo a que se refiere el artículo 26 de la ley 18092.

   No es necesario que el portador legítimo haya endosado la letra en cobro para que otra persona la presente como mandatario, conforme al inciso segundo del artículo 34 de la ley en comento, establece que la mera tenencia de la letra hace presumir el mandato y por tanto confiere la facultad necesaria para presentarla a la aceptación o en su defecto requerir el protesto.

En cuanto al lugar en que debe presentarse la letra a su aceptación debe efectuarse en el domicilio o residencia del librado, a menos que en la letra se haya señalado un lugar determinado para ello. En cuanto a la fecha y hora en que puede requerirse la aceptación ésta sólo puede pedirse de lunes a viernes, y en consecuencia no puede pedirse sábados y domingos, el día 31 de diciembre y festivos.

Una vez requerida la aceptación el librado puede adoptar alguna de las siguientes actitudes: prestar su aceptación firmando la letra, esto lo constituye en el principal obligado al pago de la misma; negar su aceptación en el mismo día en que le ha sido presentada la letra o pedir que se le haga una nueva presentación al día siguiente.

CLASE 03

c) El endoso. El artículo 17 de la ley 18092 define el endoso como:

> El escrito por el cual el tenedor legítimo transfiere el dominio de la letra, la entrega en cobro o la constituye en prenda.

En cuanto a la forma de realizarlo el inciso segundo del artículo 17 de la ley, agrega que el endoso debe estamparse al dorso de la letra misma o en una hoja de prolongación adherida a ella.

El endoso se manifiesta a través de la firma del endosante y ésta (la firma) puede estamparse por otros procedimientos bajo su responsabilidad. Las normas que la ley 18092 en su párrafo segundo establece para el endoso son aplicables en general a todos los títulos de créditos emitidos a la orden.

En la siguiente figura se revisarán las principales características del endoso, las cuales son:

Figura Nº 3: Características del Endoso

Características

- Es un acto accesorio, supone la existencia previa de una letra de cambio o de otro título a la orden.
- Es un acto solemne, por cuanto es un acto escrito que debe constar en el documento bajo la firma del endosante.
- Es un acto incondicionado, es decir que la declaración de voluntad del endosante no puede quedar sujeta en sus efectos a una condición. Conforme al artículo 19 de la ley el endoso es puro y simple, y cualquier condición a la que se le subordina se reputa no escrita.
- El endoso es un acto total, completo; por cuanto no es permitido un endoso parcial que afecte sólo parte de la obligación.
- El endoso debe ser oportuno, esto implica que debe ejecutarse antes del vencimiento de la letra para producir sus efectos normales. Si se endosa una letra vencida o protestada por falta de pago el endoso sólo produce conforme al artículo 32 de la ley, los efectos de una cesión ordinaria de derechos, en otras palabras el endosatario adquiere los mismos derechos que el portador anterior.
- Es un acto jurídico unilateral, pues se ejerce por la sola voluntad del endosante.
- Es un acto de comercio formal, así lo dispone el artículo 3 número 10 del Código de Comercio.
- Debe ser efectuado por el tenedor legítimo de la letra, es decir, por el sujeto legitimado para efectuar endoso. El tenedor legítimo será el beneficiario individualizado en la letra si ésta aún no ha circulado. Si la letra ha circulado el tenedor legítimo será quien pueda justificar su derecho mediante una serie no interrumpida de endosos aunque el último sea en blanco.

Respecto de la última característica cabe señalar que para calificar la existencia de la "serie no interrumpida de endosos" no es necesario verificar la autenticidad de cada uno de ellas, basta su mero examen formal o exterior. Lo anterior se realiza con el objeto que se pueda reconstruir formalmente hacia atrás la historia de circulación de la letra de cambio.

Conforme al artículo 7 de la ley, la falsedad de alguna firma no afecta a los demás obligados, sólo resta valor de regularidad del endoso para los demás obligados.

Conforme al artículo 31, quien paga una letra de cambio no está obligado a verificar la autenticidad del endoso o de los endosos y no tiene la facultad para exigir que ésta se le compruebe. Sólo debe verificar la identidad de quien la presenta para el cobro y la continuidad formal de los endosos. La finalidad de estas normas es simplemente facilitar la circulación de la letra y su fundamento se encuentra en la protección de la apariencia, de la confianza que ella genere.

d) El Aval. Se encuentra definido en el artículo 46 de la ley como un acto escrito firmado en la letra de cambio, en una hoja de prolongación adherida a ella o en un documento separado, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza en todo o en parte el pago de ella.

El aval es un acto jurídico de comercio; unilateral; de garantía de pago y por lo tanto accesorio.

La persona que lo otorga o lo ejecuta se denomina avalista. Cabe señalar que como se trata de un acto jurídico unilateral debe otorgarse por una persona capaz de obligarse, la que debe existir al tiempo del otorgamiento. El aval también presenta la característica de ser una excepción al principio de literalidad de las letras de cambio, por cuanto el legislador permite que pueda otorgarse en documento separado, en cuyo evento circulará separadamente a la letra.

Conforme a lo que señala la ley el aval puede otorgarse en la misma letra, en una hoja de prolongación adherida a la letra o en un documento separado. El aval otorgado en la letra o en una hoja de prolongación puede materializarse en el anverso o en el dorso. Si se otorga en el anverso se constituye por la sola firma del avalista, a menos que esa firma sea del girador. Si se otorga en el dorso de la letra o de la hoja de prolongación debe contener además de la firma del avalista la expresión "por aval" u otra equivalente. Esta exigencia del artículo 46, tiene por objeto evitar que la firma del avalista se confunda con la firma del endosante. En consecuencia si el aval se otorga en documento separado debe además de llevar la firma del avalista, expresar que el acto es un aval e identificar claramente la letra a la cual concierne.

En este contexto los derechos que emanen de este tipo de aval no se transfieren por endoso, por lo tanto, su garantía no favorece a quienes adquieran la letra con

posterioridad a su otorgamiento. Conforme al inciso final del artículo 46 de la ley, el acto que no reúna los requisitos que la disposición señala no constituye aval.

Continuando con lo anterior, el aval puede limitarse a un determinado monto o cantidad a un tiempo determinado, a un caso o evento, es decir, a la ocurrencia de cierta condición o a una persona determinada. Respecto de esta última circunstancia el avalista puede determinar libremente la persona cuya obligación caucionará entre los librados, el aceptante o el endosante.

Si se constituye aval a favor del librador endosante, el avalista tendrá la responsabilidad de éstos en las mismas circunstancias y condiciones que la ley establece para ello. Si el avalista limita su aval, responde del pago de la letra en los mismos términos que el aceptante, en otras palabras, lo mismo que el aceptante el avalista no se ha favorecido con la caducidad de las acciones del portador en perjuicio de la letra, si éste (portador) no protesta la letra en tiempo y forma.

El aval cambiario constituye una garantía personal especialmente regulada por la ley de letra de cambio y pagarés, que sirve para caucionar obligaciones cambiarias y en este sentido presenta una diferencia con la fianza, garantía personal también, la que puede caucionar cualquier clase de obligaciones. Además, el aval es un acto jurídico unilateral, mientras que la fianza es un contrato. El avalista se hace responsable del pago de todo o parte de la cantidad expresada en la letra en forma directa, sin gozar a diferencia del fiador del beneficio de excusión.

- Vencimiento de la Letra de Cambio

El vencimiento se refiere a la época dentro de la cual la letra de cambio debe ser pagada. Esta época se determina según la forma como han sido giradas. Cuando se refiere que deben ser pagadas a la vista, significa que vencen al momento de ser presentada a su aceptación. Cuando hace referencia a un plazo desde la vista; a un plazo de la fecha de giro; o a un plazo fijo o determinado, significa que vence llegado el plazo o el día fijado.

Cabe señalar que la determinación de la fecha de vencimiento tiene importancia, pues desde dicha fecha las letras empiezan a devengar intereses corrientes por los intereses convencionales que se hubieren estipulado entre las partes, salvo en el caso de las letras a la vista que devengan intereses desde la fecha del protesto.

Se debe tener presente que sin perjuicio de la época de vencimiento titulado en la letra pueden ocurrir situaciones que generen su vencimiento anticipado, lo que permitiría al portador cobrarlas antes de lo estipulado. Estas situaciones están enumeradas en el artículo 81 de la ley 18092.

La primera de las situaciones ocurre cuando él o los librados no han dado su aceptación y la letra es debidamente protestada por falta de aceptación. De este modo la no aceptación no produce de pleno derecho la caducidad del plazo, ya que ésta se produce por

el protesto por falta de aceptación. Las restantes situaciones dicen relación con la quiebra del librador, librado o aceptante, así entonces se produce el vencimiento anticipado por:

a) La quiebra del único librado.

b) La quiebra de cualquiera de los librados conjuntos hayan o no aceptado.

c) La quiebra de cualquiera de los librados subsidiarios cuando ninguno de los restantes aceptan la letra.

d) La quiebra del librado subsidiario que aceptó la letra.

e) La quiebra del librador de una letra no aceptada.

En cualquiera de estos casos se debe entender que la sola declaración judicial de quiebra, produce la caducidad del plazo de vencimiento no siendo necesario el protesto

– Presentación de la Letra de Cambio al Pago

Si la letra girada a la vista es pagadera a su presentación su vencimiento se produce al requerir la aceptación.

Se debe tener presente que la presentación puede tener lugar en cualquier momento dentro del plazo de un año contado desde la emisión de la letra. Si la letra no es pagada o protestada por falta de pago dentro de ese plazo pierde su valor. Las letras con otros vencimientos deben ser presentados para su pago el día de su vencimiento o el día siguiente hábil si aquel fuere feriado, sábado o 31 de diciembre.

En lo que respecta al lugar de presentación al pago se presentan dos situaciones:

a) Si el tenedor de la letra es un banco o una institución financiera, el pago debe hacerse en la oficina que tenga en su poder la letra y que esté situada en la comuna en que corresponda hacer el pago. El banco o sociedad financiera debe enviar un aviso escrito al aceptante comunicándole que tiene la letra en su poder con 10 días a lo menos de anticipación a su vencimiento.

   En el aviso se debe indicar las siguientes referencias: el nombre del beneficiario; el monto de la letra; la fecha de vencimiento y el lugar preciso en que debe efectuarse el pago. En los demás casos, es decir, cuando el tenedor legítimo no tiene el carácter anterior, la presentación al pago y el pago debe realizarse en el lugar indicado en la letra, a falta de indicación en el domicilio del librado señalado en el documento

b) Si el aceptante paga la letra antes de su vencimiento corre el riesgo de haber pagado a quien no era verdadero acreedor. El pago a quien aparecería como portador legítimo de la letra no lo libera de responsabilidad éste resulta no tener finalmente derecho al cobro

del documento. En este caso tendrá que pagar nuevamente al verdadero acreedor si es requerido.

Conforme al artículo 55 de la ley, el pago antes del vencimiento se rige por las normas de las operaciones de crédito de dinero vigente a la época de emisión de la letra.

El deudor de una letra pagada a su vencimiento queda válidamente librado de su obligación, así lo dispone el artículo 56 de la ley. Antes de pagar le basta verificar la identidad de la persona que presenta la letra al cobro y la continuidad o regularidad de los endosos para cerciorarse el pago al portador legítimo de la letra.

En consecuencia no está obligado a verificar la autenticidad de los endosos, ni tiene derecho para exigir que ésta se le compruebe. Si el deudor no realiza ésta verificación formal queda responsable de su obligación si ha pagado a un portador ilegítimo del documento, pudiendo exigirse nuevamente el pago por el portador legítimo. También queda responsable si paga a sabiendas de que quien cobra no es el verdadero acreedor.

En este contexto el deudor que paga la letra de cambio tiene derecho a exigir que se deje constancia en la letra del pago realizado y que con dicha constancia le sea entregada la letra. En la práctica la constancia de pago se realiza estampando en la letra la palabra "cancelada". Si el deudor paga la letra con un cheque, la letra no le será entregada si no hasta que el cheque sea pagado por el banco respectivo.

Conforme al artículo 54 inciso segundo el obligado puede realizar un pago parcial y el portador de la letra no puede rehusarse, sin embargo, el legislador distingue si el pago se hace al tiempo de vencimiento o después de vencida la letra. En el primer caso no se establece un mínimo que deba pagarse, en el segundo caso no puede ser inferior a la mitad del valor de la letra, de serlo puede ser rechazado por el portador. El portador deberá protestar la letra por el saldo no pagado y respecto de la parte pagada, el aceptante puede exigir que se haga mención al pago parcial de la letra, que se le otorgue recibo y una copia íntegra de la letra certificada ante Notario.

El efecto de la consignación es extinguir la deuda hasta el total del monto consignado, por lo tanto si la consignación es insuficiente para cubrir el pago del importe de la letra, sus intereses y reajustes, el funcionario encargado de efectuar el protesto debe dejar constancia del pago parcial y protestar la letra por el saldo insoluto.

En el caso del no pago por el aceptante de la letra de cambio, el portador legítimo deberá protestarla por falta de pago, la finalidad del protesto es dejar constancia del no pago y resguardar los derechos del portador contra los demás obligados en garantía al pago de la letra.

El protesto entonces procederá siempre que la letra no sea pagada, en este sentido es importante señalar quienes pueden pagar la letra. Las personas que pueden pagar la letra son: el aceptante como obligado principal; el librador quien por la emisión no puede eximirse de la obligación de pago y si paga no tiene acción cambiaria de reembolso

contra los demás firmantes; el endosante quien tiene acción cambiaria de reembolso en contra de los otros obligados (librador, aceptante, endosantes anteriores y de sus avalistas); el avalista quien tendrá por el pago acción de reembolso contra la persona a quien ha garantizado y contra quienes hubiesen podido ser exigidos de reembolso por esto; puede también pagar un tercero extraño a la relación cambiaria y en este caso el portador deberá dejar constancia en la letra del nombre del tercero el cual se subroga en las acciones cambiarias del portador.

El protesto de la letra de cambio tiene por objeto dejar constancia de la falta de aceptación, de la falta de fecha de aceptación o la falta de pago de una letra de cambio. Además, el protesto constituye un acto solemne efectuado por un funcionario público que certifica la falta de cumplimiento de las obligaciones cambiarias nacidas de la ley.

El protesto se puede definir como la actuación o diligencia por la cual se deja constancia de la falta de pago o falta de aceptación o fecha de aceptación de una letra de cambio. Materialmente el protesto se estampa en el dorso de la letra o en una hoja de prolongación adherida a ellas con las menciones que exige la ley, previa citación del librado o aceptante para requerirle a la aceptación o pago de la letra.

El protesto se orienta a conservar los derechos del portador, si éste no protesta la letra en tiempo y forma sufre como sanción la pérdida de ciertos derechos fundamentales para la seguridad de su crédito. Esto no significa que el protesto constituye una institución de orden público, que no admite modificación en el ejercicio de la autonomía de la voluntad. De hecho la ley autoriza la liberación de la obligación de protesto, mediante la inclusión en la letra de la cláusula accidental "de vuelta sin gasto o sin obligación de protesto".

Continuando con lo anterior, los efectos de la inclusión de esta cláusula son diversos, según si la estampa el librador u otro obligado. De esta manera una vez puesta por el librador produce efectos respecto de todos los firmantes de la letra. En el caso que sea puesta por el endosante produce efectos sólo respecto de éste, en otras palabras, sólo los derechos del portador contra éste se conservan sin necesidad de protesto. Si no se ha incluido dicha cláusula accidental, el protesto es indispensable para la conservación de los derechos del portador contra los obligados al pago de la letra y no puede ser suplido por ningún otro acto, así lo dispone el artículo 76 de la ley 18092.

En concordancia con esto, el artículo 79 de la ley en comento, expresa que las acciones del portador tampoco caducan en caso de quiebra del librado o aceptante ocurrido antes del vencimiento. Cabe destacar que el protesto implica un descrédito que afecta seriamente a quienes no cumplen sus obligaciones oportunamente. En forma indirecta el protesto contribuye a mantener la seguridad y eficacia en la circulación de los títulos de crédito. Además éstos sirven de base a acciones judiciales más efectivas destinadas a ejercitar el derecho de crédito, así el protesto es fundamental para otorgar mérito ejecutivo a estos documentos.

CLASE 04

– Formalidades del Protesto

Se distinguen dos actuaciones que se pueden realizar en el procedimiento sobre el protesto, a saber:

1) La primera actuación se encuentra representada por la citación o entrega de aviso. Dicha formalidad está dirigida al librado o aceptante. Normalmente la entrega de este aviso es delegado por el Notario o un oficial de su oficio. En este aviso se cita al librado o aceptante para el día siguiente hábil que no fuere sábado al oficio del Notario con el objeto de requerirle la aceptación o pago según corresponda. Este aviso debe entregarse en el lugar en que haya debido efectuarse la aceptación o el pago, a más tardar el segundo día hábil siguiente al vencimiento del plazo para la aceptación o el pago. Por último el aviso debe ser entregado a una persona adulta que se encuentre en el lugar y cuando ello no sea posible será dejado en la forma que el funcionario estime conveniente.

2) La segunda actuación consiste en el requerimiento, el cual tiene por objeto conminar (obligar) al librado o aceptante a aceptar una letra, a fechar la aceptación o a pagar el documento. Conforme al artículo 38 y 58 de la ley, el Notario deberá efectuar el requerimiento entre las nueve de la mañana y las seis de la tarde del día siguiente hábil a quien se le entrega el aviso. Si el librado o aceptante comparece a la citación y requerido por el Notario no acepta o no paga, se sigue adelante con los trámites del protesto que tendrá un carácter personal. Para el caso que el librado o aceptante no comparezca a la citación se debe distinguir el motivo del protesto. Si la causa es por falta de aceptación el funcionario efectuará el protesto sin necesidad de requerimiento. Por el contrario si la causa es por falta de pago aún cuando el aceptante no comparezca, el funcionario no puede estampar el protesto antes de verificar el pago por consignación de la letra en la tesorería comunal correspondiente al lugar del pago.

Continuando con lo anterior, todo funcionario encargado de realizar el protesto debe llevar un registro de dichas actuaciones en el que deje constancia de los que realice día a día con las menciones que establece el artículo 63 de la ley. El Notario o el oficial del registro civil debe devolver al portador la letra original con la constancia del protesto a más tardar el día hábil siguiente que no sea sábado de aquel en que terminó la obligación del protesto.

Conforme al artículo 64 de la ley, el funcionario es responsable de los daños y perjuicios que resulten de su demora o de cualquier irregularidad u omisión en el protesto que se le haya imputado o si la letra se extravía. La omisión de cualquiera de las formalidades suscritas puede afectar la formalidad o validez del protesto, sin embargo la ley limita la posibilidad de alegar judicialmente la nulidad del protesto exigiendo que el vicio cause efectivamente el perjuicio a quien lo invoca.

Para finalizar cabe señalar que la importancia de un protesto por falta de aceptación radica en que se produce la caducidad del plazo fijado para el pago de la letra, haciéndose

exigible de inmediato el pago respecto de los obligados en garantía de la aceptación, sin que sea necesario presentarla al pago y protestarla por falta de pago. Este efecto de anticipación del vencimiento se produce siempre y cuando los obligados no hayan renunciado a la garantía de aceptación.

- El Pagaré

La ley no lo define, sin embargo el pagaré puede conceptualizarse como:

> Un título de crédito representado en dinero, en virtud del cual una persona confiesa ser deudora de otra de una cantidad determinada o determinable de dinero y se obliga a pagarlo en un plazo establecido. Se trata entonces de una promesa de pago.

Respecto de las personas que intervienen en el pagaré, cabe mencionar las siguientes: el suscriptor que es aquella que se confiesa deudora que gira o suscribe y el beneficiario o tenedor que es aquella en cuyo favor se emite la promesa.

En cuanto a las menciones que debe contener un pagaré, son las que se señalan a continuación:

a) La indicación de ser un pagaré, escrito en el mismo idioma empleado en el resto del título.

b) La promesa no sujeta a condición de pagar una cantidad determinada o determinable de dinero.

c) El lugar y época del pago. Para el caso que no se indique el lugar de pago se entiende que éste se debe efectuar en la zona de emisión del pagaré y en cuanto a la fecha, si ésta no se indica se considera pagadero a la vista.

d) El nombre y apellido del beneficiario o a la persona a cuyo orden se ha de efectuar el pago o la indicación que es pagadero al portador.

e) El lugar y fecha de expedición.

f) La firma del suscriptor.

Para finalizar es importante tener presente que el documento que no contenga estas exigencias no vale como pagaré, así lo dispone expresamente el artículo 102 de la ley.

– Clasificaciones del Pagaré

El pagaré se puede clasificar de tres maneras. La primera de ellas se realiza en función de la individualización del beneficiario; la segunda de acuerdo al vencimiento del pagaré y la última considerando su forma de pago.

1) Atendiendo a la mayor o menor individualización del beneficiario, puede ser: normativo, a la orden o al portador. Esta distinción tiene importancia para los efectos de su transferencia o cedibilidad.

2) Teniendo en cuenta su vencimiento puede ser: a la vista, a un plazo contado desde la emisión, a un día fijo determinado (en el pagaré no hay aceptación, por eso no hay un plazo desde la vista).

3) Considerando su forma de pago puede ser: por monto determinado pagadero a una sola fecha (un sólo vencimiento) y con vencimientos sucesivos donde el monto del pago se realiza en cuotas (las letras de cambio vencen por el total, por el contrario en el pagaré puede ser por cuotas). En este último caso para que el no pago de una de las cuotas haga exigible el monto total insoluto, es necesario que así se exprese en el documento mediante una inclusión de la cláusula accidental de aceleración. De no expresar nada se entiende que cada cuota morosa debe ser protestado separadamente.

– Responsabilidad del Suscriptor

En el pagaré existe, por regla general, un solo obligado, el suscriptor. Conforme al artículo 106 de la ley, éste queda obligado de igual modo que un aceptante de una letra de cambio. En consecuencia, no se beneficia con el perjuicio del pagaré por falta de protesto, puesto que en el pagaré no se presenta la estructura triangular de la letra de cambio.

En los demás aspectos, el pagaré carece de normativa particular y se rige por las disposiciones relativas a la letra de cambio en lo que no se oponga a su naturaleza.

CLASE 05

- El Cheque

El cheque se encuentra reglado en el decreto con fuerza de ley número 707 de 1992, el que establece la ley sobre cuentas corrientes, bancarias y cheques.

El cheque es una orden escrita y girada contra un banco para que éste pague a su presentación el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente. De esta manera el librador es el banco y él deberá pagar si hay fondos. Sin embargo, para el caso que no existan fondos corresponderá protestar.

Cabe señalar que el cheque no se paga por parcialidades y es una orden de pago (igual que las letras de cambio).

La definición legal de cheque señala que es un medio para ejecutar el contrato de cuenta corriente.

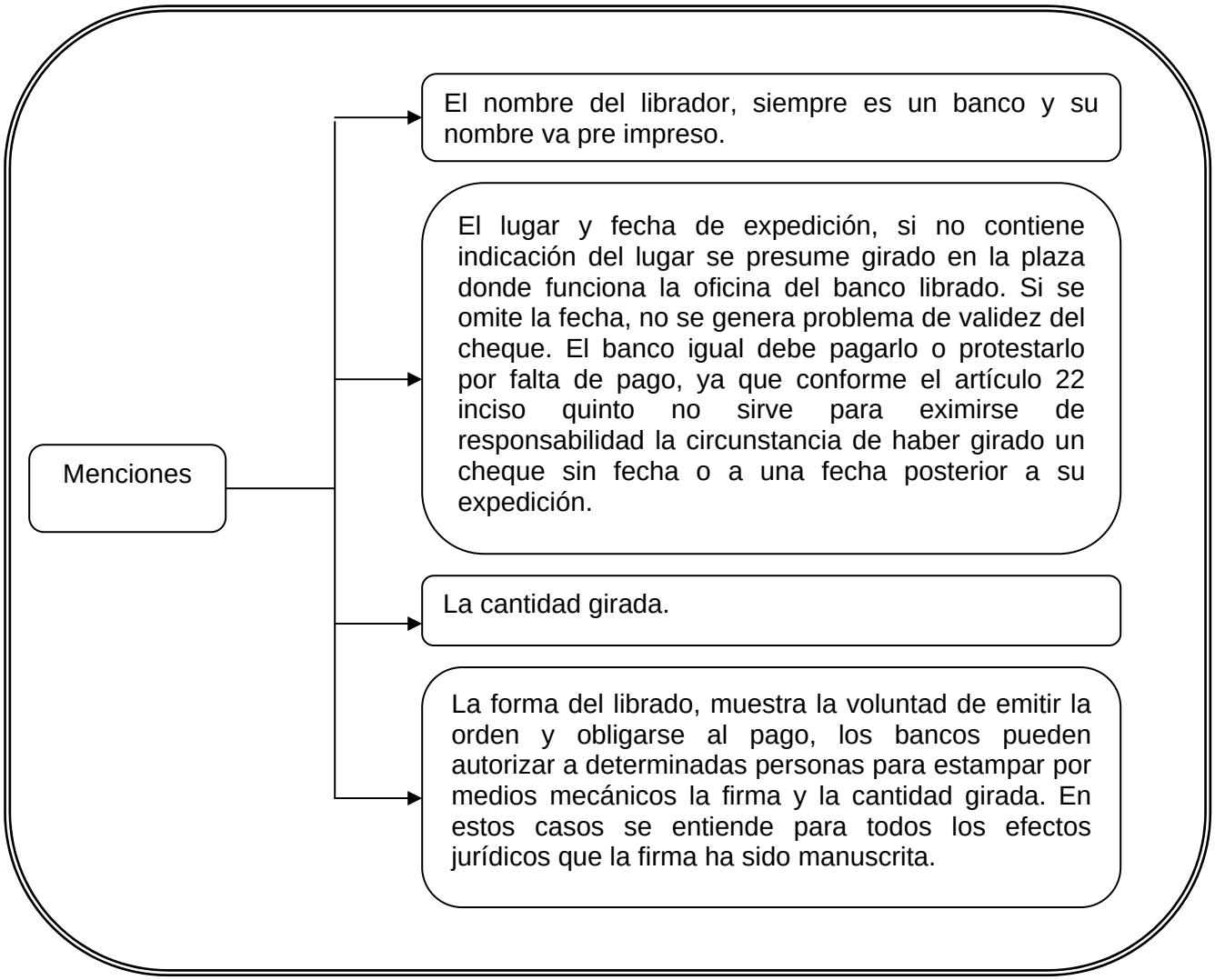
Continuando con lo anterior, el cheque se utiliza como instrumento de pago o sustituto del dinero, cumpliendo efectivamente dicha función cuando el banco contra el cual se gira lo paga al beneficiario. Una vez pagado por el banco librado, el cheque sirve como medio de prueba de haberse efectuado el pago. Además, el cheque es un instrumento de pago por consignación, ello ocurre cuando se deposita en el mismo banco contra el cual se ha girado o en un banco distinto, distinguiéndose entonces entre la compensación interna y externa.

La primera (compensación interna) supone que el beneficiario recibe el cheque de un tercero y lo deposita en la cuenta corriente que tiene en el mismo banco contra el cual se ha girado el cheque. A través de anotaciones contables el banco determinará el saldo correspondiente a las cuentas respectivas, se carga en la cuenta corriente del girador el valor del cheque, y se abona dicho valor en la cuenta del beneficiario. No hay nunca un efectivo pago, el beneficiario no recibe dinero en sus manos. En la segunda (compensación externa) el beneficiario lo deposita en un banco distinto de aquel contra el cual se emitió el cheque. Al final de la jornada se compensa entre los bancos las sumas por las cuales son acreedores y deudores recíprocos por los cheques depositados en ellos.

En este contexto el cheque también puede utilizarse para retirar fondos de la propia cuenta corriente, extendiéndolo a la orden del propio girador. Legalmente el cheque no cumple funciones de instrumentos de crédito puesto que éste carece de reconocimiento legal. Como señala el artículo 10, el cheque es pagadero a su presentación al banco girante, es decir, es un documento a la vista. De modo que si un cheque se presenta al cobro antes de la fecha que en él se indica, el banco debe pagarlo si existen fondos o protestarlos para el caso que no existan fondos disponibles.

En la siguiente figura se muestran las menciones que debe contener el cheque según lo exigido por el artículo13 de la ley.

Figura Nº 4: Menciones que debe Contener el Cheque



Continuando con lo anterior, las únicas menciones que pueden tajarse sin afectar la validez del cheque, son las cláusulas a la orden o al portador. Puede agregarse al cheque la expresión "para mi" con esto deja de surtir su efecto normal y corriente de medio de pago y se transforma en un cheque mandato o girado en comisión de cobranza.

Cabe señalar que el artículo 31 admite que puedan incorporarse al cheque dos líneas paralelas y transversales que lo convierten en un cheque cruzado. La finalidad de esta modalidad es que el cheque no se pague por ventanilla y sólo puede ser presentado en cobro por un banco, para lo cual es necesario que el beneficiario lo deposite. Esto representa seguridad para el girador, pues el hecho de ser cobrado por un banco evita el riesgo de alteraciones en su circulación.

Para el caso que el beneficiario del cheque cruzado no tenga cuenta en que depositar el cheque, puede solicitar su pago en cualquier banco de la plaza endosándolo en comisión de cobranza. El cheque puede ser cruzado por el librador o por el tenedor, así lo dispone el artículo 30 inciso segundo de la ley 18092. Entre las líneas paralelas y transversales puede ir el nombre del banco, en cuyo caso éste (banco) puede presentarlo al cobro, por lo tanto sólo podrá ser depositado en esa misma institución. Este último se conoce como cheque cruzado especialmente.

Por último cabe señalar que el cheque cruzado sólo puede pagarse a un banco, por que sólo éste puede presentarlo al cobro. En el caso de cruce especial, sólo en banco cuyo nombre se indica puede presentarlo al cobro, aunque puede hacerlo por intermedio de otro banco, endosándolo en comisión de cobranza. Para el caso que el banco librado paga el cheque endosado a un particular o a un banco no especificado queda responsable de las resultas o consecuencias, así lo dispone el artículo 32 de la ley 18092.

- Modalidades del Giro

El cheque puede girarse de diversas formas. Por lo anterior el cheque puede girarse a la orden; en forma nominativa o al portador. A continuación se explican cada uno de ellos.

Figura Nº 5: Modalidades del Giro

Modalidades

El cheque nominativo lleva borrado las cláusulas a la orden o al portador. Puede cobrarlo sólo el beneficiario personalmente o a través de un mandatario. Cabe destacar que no puede ser transferido por endoso, solamente podrá transferirse mediante la cesión ordinaria de créditos.

El cheque a la orden, es aquel que lleva cláusula a la orden y no lleva cláusula al portador. Por lo tanto su transferencia se hace por endoso, aplicándose a éste las mismas normas establecidas para las letras de cambio.

El cheque al portador, es aquel que se gira sin borrar la cláusula "*al portador*" y es transferible por la mera tradición manual del documento. Este cheque puede ser endosado dejando responsable al cedente del pago del documento. La transferencia del cheque al portador no impone responsabilidad al cedente, sino en cuanto la autenticidad del documento. El endoso en estos cheques significa un afianzamiento de pago.

El cheque en garantía, es aquel que se entrega para caucionar una obligación principal y sólo puede hacerse efectivo como cheque pago, en el evento que no se cumpla la obligación garantizada. El giro de un cheque en garantía desnaturaliza la función del mismo que es la de servir de instrumento de pago a la vista sin condición de ninguna clase. Desde el punto de vista legal, este cheque no tiene existencia para expresar que se trata de un cheque en garantía, tendría que agregarse la condición a que queda sujeto, a su cobro. Pero por ley cualquier cláusula que se agregue a un cheque o parte de las menciones por el legislador, no surte efecto, es decir, no produce efecto alguno, de modo que quien quiera acreditar que el cheque fue dado en garantía, tendrá que hacerlo a través de otros documentos u otros medios probatorios. En consecuencia aunque se haya girado en garantía el cheque podrá ser presentado válidamente al cobro por el beneficiario o el portador en cualquier momento, y aunque no se haya cumplido la condición, para que opere la garantía.

– Presentación del Cheque al Cobro

Respecto de quien debe presentarlo al cobro, conforme al artículo 23 de la ley, será el portador legítimo personalmente o representado. El mandato para el cobro puede constar en el mismo documento mediante un endoso en comisión de cobranza.

Para el caso que se trate de un cheque nominativo el endosatario sólo podrá ser un banco. Si el girador quiere evitar el riesgo de falsificación o precaver un eventual extravío cruzará el cheque, de esta forma el portador deberá cobrar el cheque por medio de una institución bancaria realizando el respectivo depósito del documento.

De acuerdo con lo que establece el artículo 23 de la ley, el cheque puede ser presentado a cobro en cualquier momento porque es pagadero a su presentación siempre que se respeten los plazos legales. Así cuando el lugar del giro corresponda a la plaza en la cual debe ser pagado, debe ser presentado a cobro dentro de los 60 días desde el giro. Si el lugar del giro fuera una plaza distinta a aquella en que debe ser pagado éste, el plazo anterior se amplía a 30 días. Se debe tener presente que los plazos a los cuales hace referencia la ley, son de días corridos y fatales.

Continuando con lo anterior, si se gira un cheque desde el extranjero para pagarse en Chile, el plazo para presentarlo a cobro es de tres meses desde el giro. La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha establecido mediante circular que los bancos de una ciudad deben entenderse comprendidos en una misma plaza. Cabe señalar que la sanción para no presentar el cheque al cobro dentro de los plazos legales consiste en la pérdida de la acción del portador contra los endosantes y se produce la caducidad o perjuicio del documento, así lo dispone el artículo 23 inciso tercero.

Asimismo, otra forma de cobrarlo (cuando se trata de un cheque cruzado) es depositarlo en un banco, en consecuencia el cobro se efectúa por canje de un banco a otro. Frente a una presentación a cobro el banco librado debe pagar el cheque o protestarlo por falta de pago. De esta manera antes de realizar el pago deberá exigir las siguientes solemnidades: la cancelación del cheque; cumplir con las formalidades del cheque; constatar la identidad del cobrador; debe realizar la regularidad meramente formal de los endosos si existiere; verificar que no esté caducado; inspeccionar que la firma del girador sea igual a la que está registrada en el banco; que el librador no haya revocado la orden de pago mediante orden de no pago y por último debe constatar que existan fondos disponibles en la cuenta. Una vez realizadas estas comprobaciones se dará curso a la orden de pago cubriendo el importe del cheque.

CLASE 06

– Protesto del Cheque

Para comenzar cabe señalar que la causal genérica de protesto de cheque es la falta de pago, así lo dispone el artículo 33 inciso primero. De esta manera el protesto es estampado por el banco librado, lo cual constituye un acto solemne cuya finalidad consiste en dejar constancia escrita del no pago del cheque y conservar los derechos del portador contra los endosantes. Cabe destacar que no es necesaria la intervención de un ministro de fe.

Continuando con lo anterior, el portador de un cheque puede presentarlo al cobro y no protestarlo cuantas veces quiera, mientras se encuentre vigente. Es importante señalar que si los plazos legales se extinguen y el cheque no ha sido protestado, el portador pierde sus derechos contra el endosante. El protesto debe estamparse en el dorso del documento, por regla general y los bancos adhieren una hoja de prolongación al documento para no alterar los endosos.

Además, el protesto debe estamparse al tiempo de la negativa de pago, expresando la causa, la fecha y la hora, y debe contener la firma del banco librado. Para estos efectos por parte del banco actúa un mandatario con poder especial. Se debe establecer también el lugar del último domicilio registrado en el banco por el girador del documento. La importancia de esta indicación radica en que será el lugar hábil para efectuar la notificación del protesto del cheque. También se debe establecer la identidad del representante que ha girado el cheque a nombre de las personas jurídicas que sean titulares de cuentas corrientes, esto para los efectos de perseguir la responsabilidad civil y penal.

A modo de aclaración y en relación con la exigencia de indicar la causa de la negativa de pago, lo que persigue el legislador es que se indique el motivo jurídico que determine esa falta de pago, principalmente porque de ello dependerá el ejercicio o viabilidad de algunas acciones.

En lo que respecta a los motivos o causas que pueden originar el protesto de un cheque pueden ser los siguientes: la falta de firma; un cheque mal extendido; un cheque deteriorado; el haber indicado mal la razón social; el presentar a cobro cheque caducado; una orden dada al banco por el girador para el no pago; la firma del librador visiblemente desconforme con lo registrado en el banco librado; una cuenta cerrada y la falta de fondos disponibles en cuenta corriente. Conforme al artículo 26 de la ley, la orden de no pagar un cheque efectuado por el librador al banco librado sólo puede hacerse en los siguientes casos:

a) Cuando la firma del librador haya sido falsificada.

b) Cuando el cheque haya sido alterado en cuanto a la suma, o a la persona del beneficiado con posterioridad a la emisión.

c) Cuando el cheque haya sido perdido, hurtado o robado. En este último caso debe cumplirse una serie de diligencias establecidas en el artículo 29 de la ley 18092.

– Efectos del Protesto

Una vez analizado el concepto y las formalidades del protesto de un cheque, corresponde analizar los principales efectos generales y especiales que éste produce, los cuales se explicarán a continuación:

a) Los Efectos Generales o Comunes. En estos casos se pone de manifiesto la necesidad de hacer valer la garantía de pago de lo que responde solidariamente el girador y los endosantes, también hace devengar (producir) intereses corrientes al importe del cheque. La ley señala el momento a partir del cual se cuentan los plazos de prescripción de la acción ejecutiva y la penal. Estas acciones conforme al artículo 34 de la ley prescriben en el plazo de un año desde el protesto.

   Cabe destacar que como en este protesto no interviene un ministro de fe, el documento no se transforma en un título ejecutivo. Para iniciar un título ejecutivo por un cheque protestado es necesario preparar la vía notificando judicialmente el protesto del cheque al girador o al endosante. La vía ejecutiva quedará preparada cuando en el acto de la notificación o dentro de tercero día no se tache de falsa la firma.

   El único caso en que el cheque constituye titulo ejecutivo perfecto y no es necesario preparar la vía ejecutiva es cuando tiene lugar la firma del girador o el endosante y han sido autorizados por notario.

b) Los Efectos Especiales. De acuerdo a lo señalado en el artículo 22, éstos tienen lugar cuando el protesto por no pago deriva de girar el cheque sin fondo disponible en cuenta corriente o retirar después de emitido el cheque; girar sobre cuenta cerrada o inexistente y revocar la orden de pago por causales distintas a las señaladas en el artículo 26 de la ley.

   En estos casos el protesto del cheque es un antecedente necesario para ejercer la acción penal proveniente del delito previsto y sancionado en el artículo 22 de la ley 18092, esto es el giro fraudulento del cheque, conocido como giro doloso de cheque. Para que se configure este delito es necesario la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos: primero que se proteste el cheque por alguna de las tres causales señaladas y segundo que no se consignen fondos suficientes para el pago del capital, interés corriente y costas judiciales dentro de tercero día desde la notificación judicial del protesto.

   En este contexto la modificación introducida por la ley adecuatoria a la reforma procesal penal, señala que los delitos de la ley de cuentas corrientes se entienden cometidos en el domicilio del librador del cheque que tenga registrado en el banco. El hecho de pagar el cheque, los intereses corrientes y costas judiciales, constituye causal

de sobreseimiento definitivo a menos que de los antecedentes aparezca que el imputado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar.

La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con el objeto de impedir que quienes fueren sobreseídos en conformidad al artículo 22 inciso 8º, o condenados por dicho artículo puedan abrir cuenta corriente ha instruido al banco mediante circular estableciendo un plazo de prohibición. El Juez de Garantía o Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en su caso deberá comunicar dentro de tres días de ejecutoriada la resolución correspondiente a la Superintendencia, la circunstancia de encontrarse alguna persona en dichas situaciones.

Para concluir cabe señalar que el artículo 43 de la ley en comento, contempla otro tipo penal, consistente en tachar de falsa la firma al tiempo de la notificación del protesto resultando en definitiva que dicha firma es auténtica. El autor del delito es sancionado con las penas del artículo 467 del Código Penal. Las causales que eximen de esta responsabilidad son: acreditar justa causa de error y que el título en el cual se estampa la firma es falso.

Realice ejercicios nº 1 al 14

2. LA QUIEBRA

La imposibilidad de cumplir obligaciones válidamente contraídas es algo bastante frecuente y se asocia, muchas veces, a las crisis económicas que sufren los países, producto de diversas causas. Pero, aún sin crisis, no es inusual que alguna persona, natural o jurídica, deje de cumplir sus obligaciones, impulsando a su acreedor a actuar en defensa de sus derechos patrimoniales.

Continuando con lo anterior, cuando el deudor que no puede cumplir no es comerciante, y por consiguiente tiene muy pocos acreedores, normalmente su incumplimiento puede solucionarse jurídicamente a través de la ejecución individual, mediante el correspondiente juicio ejecutivo, que sólo tiene por objeto proteger el derecho individual de su acreedor, permitiéndole embargar los bienes, subastarlos y pagarse con el producido de la subasta, todo ello en virtud del llamado derecho general de prenda referido en el artículo 2465 del Código Civil.

Sin embargo, cuando el incumplidor es un comerciante, normalmente ese incumplimiento afecta no sólo al deudor y a un acreedor, sino a un sinnúmero de ellos y a la comunidad toda. Para estos casos la legislación chilena ha previsto la ejecución colectiva, que se funda en el ejercicio de una tutela colectiva al crédito y no meramente individual.

En este contexto debe tenerse presente que el incumplimiento de las obligaciones generalmente no obedece a decisiones antojadizas del deudor, sino a la imposibilidad de

hacerlo sea por un transitorio déficit de caja, o porque, producto de sus operaciones, su pasivo resulta superior a su activo, lo que produce su insolvencia, que le impide pagar sus deudas. Cabe señalar que desde un punto de vista jurídico la imposibilidad de solventar deudas se denomina "cesación de pagos".

Respecto de la cesación, ésta puede ser fortuita, culpable o fraudulenta. En la primera situación la cesación de pagos se produce por circunstancias totalmente ajenas a la voluntad del deudor.

Por ejemplo

Cuando a consecuencias de un incendio se destruyen los activos realizables de los cuales disponía el deudor para ello.

También puede ser culpable cuando el deudor llega a la cesación de sus pagos producto de la negligencia con que administra sus negocios.

Por ejemplo

Como cuando no cobra oportunamente sus créditos o no los tiene debidamente documentados o resguardados o disminuyen sus activos por no vigilar adecuadamente el desarrollo de sus negocios, entre otros.

Es finalmente fraudulenta, cuando el deudor ha llegado a la insolvencia en razón de maniobras dolosas como lo señala el siguiente ejemplo.

Por ejemplo

Pagar deudas inexistentes para desviar fondos en perjuicio de sus acreedores, vender bienes a vil precio con el mismo propósito.

Continuando con lo anterior, el profesor Sandoval López, luego de expresar que el derecho concursal chileno no ha dado una noción de quiebra, señala que si se la encuentra en el artículo 1325 del Código de Comercio, hoy derogado por la Ley de Quiebra vigente. Esa antigua disposición del Código establecía el siguiente concepto:

La quiebra es el estado del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles.

De acuerdo con lo anterior esta definición está referida sólo a un estado en que se encuentra el comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles, criterio que hoy no existe porque el estado de quiebra puede alcanzar a quienes no son comerciantes por incumplimiento de obligaciones que no son mercantiles.

Para Joaquín Garrigues la quiebra es:

> Un estado especial en el orden jurídico producido por la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el comerciante.

Don Álvaro Puelma, en su curso de derecho de quiebras, expresa: "aunque se crea que cualquier definición que se dé sobre lo que es la quiebra, no puede proporcionar un concepto completo de la institución, dada la complejidad de ella, se estima que para el derecho chileno puede entenderse por quiebra como:

> El estado excepcional en el orden jurídico, de una persona, producido por la falta o imposibilidad de cumplimiento igualitario de todas sus obligaciones declarado jurídicamente.

Finalmente Juan Puga Vial define la quiebra de la siguiente manera:

> Un proceso judicial a través del cual se liquidan los bienes o se dan solución a los problemas de cesación de pagos de un deudor.

- Tutelas Jurídicas del Crédito

Para dar adecuada protección al crédito, el ordenamiento jurídico ha instituido acciones individuales y colectivas, preventivas y reparadoras cuyo objeto es tutelar de los derechos de los acreedores.

De esta manera la tutela individual implica dotar al acreedor de una acción para lograr el cobro íntegro y oportuno de su crédito, considerándolo individualmente.

> *Por ejemplo*
>
> Es el juicio ejecutivo que permite al acreedor individual el pago de su crédito mediante el embargo y realización de los bienes de su deudor.

En cuanto a la tutela colectiva, en cambio, implica dotar a los acreedores de las herramientas necesarias para lograr el pago proporcional y equitativo de sus créditos a

través del concurso, atendido a que la totalidad de los créditos que están vinculados con el patrimonio en crisis y que es el que tiene el deudor para subvenir al pago de los créditos.

Por ejemplo

Son casos de tutela colectiva la quiebra; el convenio; y la cesión de bienes.

Existen, además, las tutelas preventivas destinadas a prevenir la crisis o preparar las medidas reparadoras, como las medidas conservativas o derechos auxiliares del acreedor, coma las hipotecas y prendas; y las tutelas reparadoras que tienen por objeto poner fin al estado de crisis mediante la realización de los bienes del deudor junto con reclamar las indemnizaciones que procedan.

Para finalizar cabe señalar que las tutelas colectivas tienen por propósito resguardar la seguridad y confianza en el crédito; el funcionamiento adecuado del mercado; el sistema crediticio y la igualdad jurídica de los acreedores. En relación a éste último, no se logra con la tutela individual, ni menos los intereses generales involucrados en una situación crítica que hace peligrar la empresa, la seguridad de los trabajadores, toda vez que los procedimientos de ejecuciones aisladas benefician a unos acreedores en detrimento de los demás.

CLASE 07

- Cesación de Pagos

La cesación de pagos es indudablemente el antecedente del derecho concursal. Ricardo Sandoval dice que la cesación de pagos es la causa de la quiebra en todos los sistemas que siguen el sistema francés. Dicha cesación de pagos se ha tratado de conceptualizar fundamentalmente, en opinión de don Juan Esteban Puga, siguiendo al jurista argentino Raymundo Fernández, a través de tres teorías denominadas: la teoría materialista o restringida, la teoría intermedia y la teoría amplia o moderna.

a) La Teoría Materialista o Restringida, dice que la cesación de pagos es sinónimo de incumplimiento de una obligación, sin que tenga importancia la causa del incumplimiento y si corresponde a un determinado estado patrimonial.

Esta teoría fue formulada, como explica Puga, a propósito del Código de Comercio francés que sólo consideraba la cesación de pagos para el deudor comerciante y sólo por obligación mercantil.

Este autor, señala los aspectos principales en que se basa esta teoría, que concisamente son:

1) Que en el comercio sea indispensable el cumplimiento estricto de las obligaciones, base esencial del crédito y deber ineludible del comerciante cuya violación no debe excusarse.

2) Que el incumplimiento sea la expresión elocuente del estado de déficit porque no se concibe que quien puede pagar deje de hacerlo.

3) Que si el incumplimiento es singular y de poca monta, lejos de destruir la presunción de impotencia para pagar, la torna más grave que cuando los incumplimientos son varios y por sumas elevadas.

4) Que estando vedadas las investigaciones en la hacienda y libros del deudor hay que atenderse a un hecho exterior, cual es, la interrupción natural de los pagos.

Esta doctrina, apunta Puga, ha sido desechada por el común de los autores pero es "dominante en Chile". Para desecharla se afirma que no es efectivo que el pago sea tan grave, pues igual el deudor y el acreedor siguen relacionándose no obstante el incumplimiento, salvo que éste sea de mucha entidad y requiera la intervención de la justicia.

Cabe señalar que el solo hecho del incumplimiento no revela que el deudor esté imposibilitado de cumplir sus compromisos, pues es frecuente que haya coyunturas pasajeras difíciles que impiden pagar que no perduran en el tiempo y que el incumplimiento de poca monta frente al pago de obligaciones cuantiosas revela capacidad de pagar y no lo opuesto. Finalmente se señala que si bien no se puede indagar en la contabilidad para conocer la insolvencia hay otros modos de observar la insolvencia como ventas ruinosas; fuga del deudor; proposiciones de convenios; solicitudes de prórroga; entre otras.

En relación con el término cesación de pagos, que se asocia a la idea de incumplimiento de obligaciones, ello fue producto de una mala traducción del término atribuible a la jurisprudencia y doctrina de la época y de allí la tomó el Código de Comercio Chileno.

b) La Teoría Intermedia[4], en cambio, postula que existe cesación de pagos en tanto exista un patrimonio impotente de asumir sus compromisos, pero agrega que dicho estado, para constituir cesación de pagos, debe manifestarse por intermedio de un incumplimiento efectivo y sólo por esa vía cualquiera que sean los medios que el deudor utilice para continuar los pagos materialmente.

Esta teoría mejora porque ya no considera la cesación de pagos como el hecho del incumplimiento, sino como un estado patrimonial impotente de cumplir compromisos, pero eso sí, manifestado a través del incumplimiento efectivo. Esto implica, en la práctica que el Juez no puede declarar la quiebra mientras no se convenza del estado patrimonial

[4] De algún modo la recoge la jurisprudencia.

crítico y permanente, no bastando para ello que sólo se le acredite el incumplimiento efectivo y específico.

c) La Teoría Amplia, se sostiene que la cesación de pagos es un estado patrimonial que se caracteriza por la impotencia de su titular de asumir todos los compromisos en oportunidad e integridad, sin importar la forma en que este se manifieste.

Se ha señalado en la doctrina que la causa de la quiebra es un estado económico del deudor caracterizado por la impotencia de su patrimonio para hacer frente a las obligaciones que lo gravan. La expresión cesación de pagos no alude, en consecuencia, a una interrupción o detención de los mismos, sino a un estado patrimonial de imposibilidad de pagar; por ello esta teoría postula que tal estado patrimonial se manifiesta mediante un conjunto de hechos o situaciones indiciarias o reveladoras difíciles de enumerar taxativamente. Por tanto, la determinación de los hechos reveladores del estado patrimonial crítico queda entregada al juez de la causa, quien debe apreciar este conjunto de situaciones indiciarias y decidir la aplicación de la institución tutelar sólo cuando llega al convencimiento que se ha dado la situación patrimonial previa por la ley.

Junto con las teorías de origen francés enunciadas anteriormente (restringida, intermedia y amplia), existen otros sistemas como el italiano y el anglosajón. Para el primero de ellos sólo la empresa puede ser declarada en quiebra, siendo la causa el estado de insolvencia. Para el sistema anglosajón la causa de la quiebra es asignada por la ley, mediante la enumeración de los actos que la hacen procedente.

2.1. Naturaleza Jurídica de la Quiebra

La quiebra es una de las instituciones concursales que reconoce el sistema legal chileno, junto con los convenios; la cesión de bienes; y la liquidación administrativa de un banco o entidad financiera.

Teniendo presente lo anterior se debe advertir sin embargo, que tales procedimientos no pueden confundirse con la quiebra que si bien está tratada en la ley de quiebras junto con la mayoría de los procedimientos concursales civiles y criminales, es una institución distinta por su naturaleza jurídica. Desde luego los convenios son incompatibles con la quiebra, ya que su existencia excluye la quiebra, esto es, no pueden coexistir porque son excluyentes.

Cabe señalar que el procedimiento de calificación de la quiebra, de naturaleza criminal, para averiguar la existencia de delitos relacionados con quiebra culpable o fraudulenta, es independiente del juicio de quiebra. Es cierto que para iniciarse necesita que haya juicio de quiebra, pero sólo se realizará si lo pide algún acreedor; la junta de acreedores; la Superintendencia de quiebras o el juez substanciado.

Para explicar la naturaleza jurídica de la quiebra existen diversas teorías que se sintetizan de la siguiente manera, a saber:

a) La Teoría Sustancialista o de Derecho Material. Esta teoría, la más antigua, sostenida por distintos autores como son Pardessus, Renouard, Ripert y otros. La teoría sustancialista señala principalmente que la calificación de la quiebra obedece a un instituto de derecho sustantivo privado o de derecho material.

En este contexto, Ripert dice que la quiebra es una institución mercantil. Sólo el deudor comerciante que ha cesado en sus pagos puede ser declarado en quiebra. Aunque Chile no es así, la quiebra es tratada por el Derecho Comercial, ya que un deudor civil puede ser declarado en quiebra, si incurre en alguna de las causales establecidas.

La tesis sustancialista dice que en el juicio de quiebra tienen importancia las normas sustantivas como la prelación de créditos; la capacidad especial del fallido; el estatuto de los bienes comprendidos en la quiebra; entre otras, sin embargo se dice que las normas sobre prelación están establecidas en el Código Civil y que el fallido no tiene incapacidad con la quiebra, ya que puede contratar con sus bienes excluidos y si lo hace con los de la quiebra la sanción es la inoponibilidad y no la nulidad.

Otro argumento a favor de esta tesis es que la quiebra es un estatuto de derecho sustantivo porque la base jurídica de la quiebra, sus presupuestos, son regulados por normas de derecho sustantivo. Sin embargo, en contra se afirma que si bien los presupuestos de la quiebra son de orden material y no formal, no son propiamente integrantes de la estructura del juicio de quiebra. Puede haber quiebra no obstante no existir sus presupuestos.

b) La Teoría Administrativa. Esta teoría parte de la base que no siendo la quiebra un instituto de derecho material es, en realidad, un proceso administrativo y no jurisdiccional. D'avack creador de esa teoría afirma que toda insolvencia implica una amenaza al interés público y ello justifica la intervención del Estado que actúa bajo la apariencia de un procedimiento jurisdiccional que, en realidad es esencialmente administrativo.

Desde un punto de vista jurídico, esta teoría implica que el Estado actúa en la quiebra por medio de sus órganos jurisdiccionales como administradores de intereses privados subordinados al interés público absorbente y predominante, empleando los órganos jurisdiccionales para desarrollar una función de la administración.

Se critica esta teoría porque el Estado actúa en la quiebra no como una actividad primaria o administrativa sino como actividad secundaria, o jurisdiccional, por ello debe concluirse que la quiebra es un procedimiento jurisdiccional y no administrativo.

c) La Teoría Dual o Bipolar. Esta teoría sustenta que las normas de la quiebra son tanto sustantivas o materiales como adjetivas o formales. El autor Concha Gutiérrez señala "en efecto, se estima que la quiebra es una entidad bifrontal o de naturaleza dual, que constituye una regulación legal única y uniforme para normas jurídicas complejas, de naturaleza sustancial; formal, administrativa y penal.

d) La Teoría Procesalista. Esta teoría postula que siguiendo la definición tradicional del derecho procesal se llega a la conclusión que la quiebra es un instituto procesal. Así Darío Benavente afirma que el derecho procesal es aquella rama del derecho que regula la forma solemne en que proponen, discuten y resuelven las cuestiones sometidas a los tribunales. También se ha definido como el conjunto de normas que regulan la actuación de la ley en el proceso y, particularmente, la relación procesal.

Por último cabe señalar que la quiebra en si misma no crea ni extingue derechos u obligaciones. Simplemente es una formalidad jurisdiccional para obtener el pago de los créditos de un deudor insolvente dentro de las reglas de la "par conditio creditorum".

2.2. Características del Juicio de Quiebra

El artículo primero de la ley de quiebras señala que "el juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un sólo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas en los casos y en la forma determinada por la ley".

La quiebra produce para el fallido y todos sus acreedores un estado indivisible. Comprenderá en consecuencia, todos los bienes de aquél y todas sus obligaciones aun cuando no sean de plazo vencido, salvo aquellos bienes y obligaciones que la ley expresamente exceptúe.

Aclarado el punto anterior, en la siguiente figura se presentan las principales características que presenta el juicio de quiebra respecto de un fallido.

Figura Nº 6: Características del Juicio de Quiebra

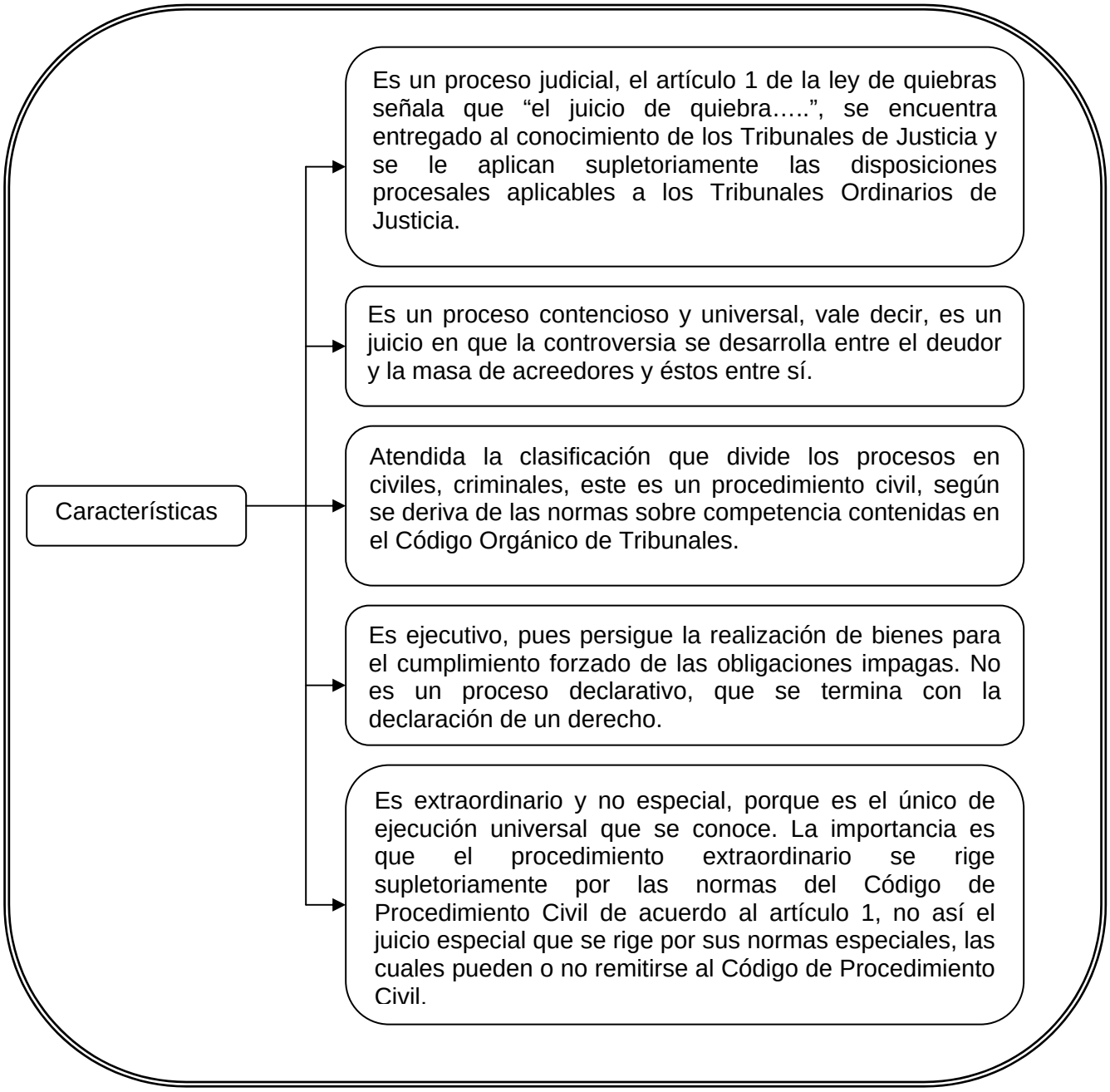
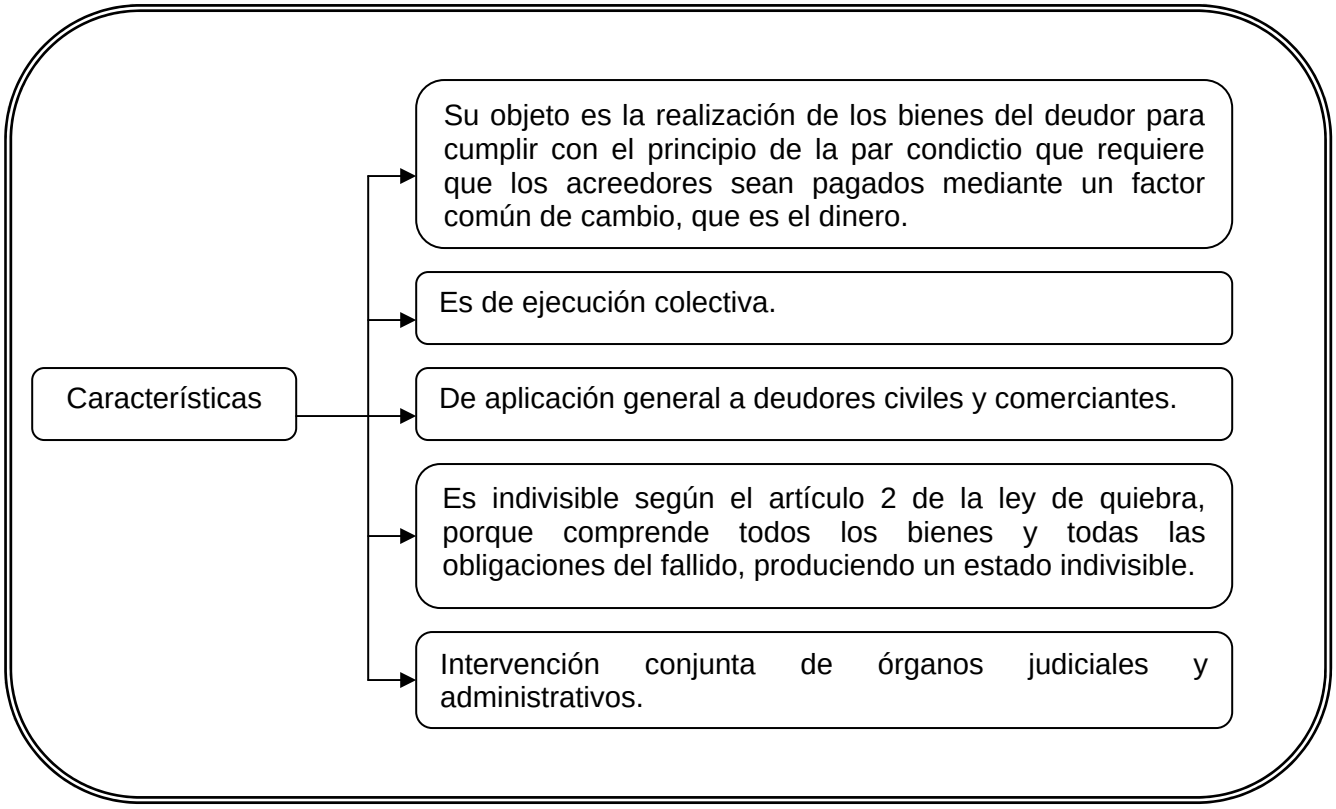


Figura Nº 6: (continuación) Características del Juicio de Quiebra



CLASE 08

2.3. Los Órganos de la Quiebra

La quiebra, siendo un procedimiento de ejecución universal e indivisible, se diferencia de la ejecución individual, en que la primera necesita de determinados órganos especiales a fin de obtener su objeto, que es proveer al pago de las deudas del fallido a sus acreedores, respetando el principio de la par condictio creditorum (igualdad de los acreedores).

Asimismo, tales órganos sólo existen en el juicio de quiebra, los cuales son: el Tribunal de la Quiebra; el Síndico de la Quiebra; la Junta de Acreedores y la Superintendencia de Quiebras. A continuación se estudiarán cada uno de los órganos que conforman el proceso de quiebra.

a) Tribunal de la Quiebra. En el derecho chileno no existen las llamadas quiebras virtuales o de hecho. Por el contrario, para que haya quiebra se requiere de una resolución judicial que la declare, así lo indican los artículos 39 y 52 de la ley 18.175. El primero expresa "la quiebra podrá ser declarada….." y el segundo "la sentencia definitiva que declare la quiebra…."

En este sentido el artículo 45 señala que la primera obligación del Tribunal consistirá en "pronunciarse sobre la solicitud de quiebra a la brevedad posible, con audiencia del deudor, y deberá cerciorarse, por todos los medios a su alcance, de la efectividad de las causales invocadas".

Continuando con lo anterior, se dictará una sentencia cuyos requisitos son nueve, los cuales se encuentran establecidos con precisión en el artículo 52 de la ley. Esta sentencia, cuyo impulso procesal la ley entrega al Juez, da inicio al proceso o juicio de quiebra, después de un brevísimo período cognoscitivo con carácter inquisitivo.

De esta manera la sentencia produce efectos inmediatos importantes, sin necesidad de notificarse los cuales son: el desasimiento de los bienes del fallido; la fijación irrevocable de los derechos de los acreedores; la exigibilidad anticipada de todas sus deudas; la acumulación de juicios y la suspensión del derecho a ejecutar individualmente al fallido. Esta es una importante excepción a lo prevenido en el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil que dispone que toda resolución judicial surte efectos una vez que ha sido notificada legalmente.

De acuerdo con las normas generales sobre competencia, el Juez que debe conocer de la quiebra es el del domicilio del deudor o fallido (juez civil). Si éste tiene varios domicilios, corresponderá al juez de cualquiera de ellos, aplicándose el artículo 112 del Código Orgánico de Tribunales el cual señala que si para conocer de un mismo asunto hay varios tribunales ninguno podrá excusarse a pretexto de existir otros tribunales competentes, y el que haya prevenido en el conocimiento excluye a los demás.

Cabe señalar que si se trata de una persona jurídica el Juez competente será el del domicilio social establecido en los estatutos; y si la persona jurídica tiene establecimientos o sucursales en otros lugares para algunos debe conocer el Juez del lugar donde ocurrieron los hechos que dan origen al juicio, aplicando a dicho efecto el inciso segundo del artículo 142 del Código Orgánico de Tribunales que dispone: "y si la persona jurídica demandada tuviere establecimientos, comisiones y oficinas que la representen en diversos lugares, como sucede con las sociedades comerciales, deberá ser demandada ante el Juez del lugar donde exista el establecimiento, comisión u oficina que celebró el contrato o que intervino en el hacho que da origen al juicio".

Estas normas de competencias no se alteran por el fuero que puedan tener los acreedores. Pero cabe tener presente que la ley nada establece sobre el fuero que pueda tener el deudor, ante tal situación no prevista cabe traer a colación el aforismo jurídico "a contrario sensu", con el cual se debe entender que el fuero del deudor sí altera la competencia.

b) El Síndico de Quiebra. Le corresponde la función de órgano ejecutivo de la quiebra, por tanto es el encargado de llevar el cuaderno de administración. La ley 18.175 ha establecido en Chile el sistema de los síndicos privados, que son fiscalizados por la Superintendencia de quiebras.

En este contexto el artículo 27 de la ley señalada dispone: "el síndico representa los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra y representa también los intereses del fallido, en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades de aquéllos y de éste determinadas por la ley".

Respecto de la naturaleza jurídica de los síndicos se ha dicho que es un cargo de índole privado tanto por su origen (designación por los acreedores), como por su función o atribuciones (realización de un patrimonio privado para pagar un pasivo). En este sentido Joaquín Garriges es de la misma opinión, señalando que es un cargo privado por su origen y por su naturaleza. Sin embargo hay otros autores, que estiman que el síndico de quiebras es un órgano público porque su función es defender intereses públicos.

Cabe señalar que otro sector de la doctrina postula una naturaleza mixta para el cargo de síndico: es privada porque privado es su origen, y pública, por el marcado interés público que tienen las funciones que también le asisten de asegurar, en provecho común, el patrimonio comercial por encima de los intereses no siempre coincidentes de los acreedores y el deudor.

En cuanto a que su origen es privado, ello porque lo designa la Junta de Acreedores, lo que no siempre es así, porque también lo designa el Juez y ratifica la junta, salvo cuando la quiebra es de monto inferior a 1000 UF, en que sólo el Juez interviene en la designación; y en cuanto a la naturaleza de sus funciones son eminentemente públicas, por la trascendencia de sus potestades y por estar encaminadas a cumplir una función que es de interés a la economía nacional en su conjunto, en donde se encuentra involucrado un patrimonio concursado con todo lo que ello implica.

En relación al artículo 27 de la ley de quiebra, en su inciso primero, se le atribuye al síndico una doble representación, ya que representa por un lado a los acreedores y pr el otro al fallido. Conforme a esa norma representa a los acreedores, la cual es de carácter general y que ejercita en nombre del conjunto de acreedores y no de uno determinado, ya que si lo hace incurre en contravención a sus facultades.

En lo que dice relación con la representación del fallido, es de naturaleza funcional pues la ejerce en cuanto pueda interesar a la masa. Es así como el artículo 64, que luego de inhibir de pleno derecho al fallido en la administración de sus bienes, transfiere dicha administración al síndico el que deberá ejercerla de acuerdo con la ley. Además dispone que el fallido no podrá comparecer en juicio como demandante o demandado en lo relacionado con los bienes comprendidos en la quiebra, sin perjuicio de tenérsele como coadyuvante.

En la siguiente figura se presentan las principales funciones del síndico.

Figura Nº 7: Funciones del Síndico

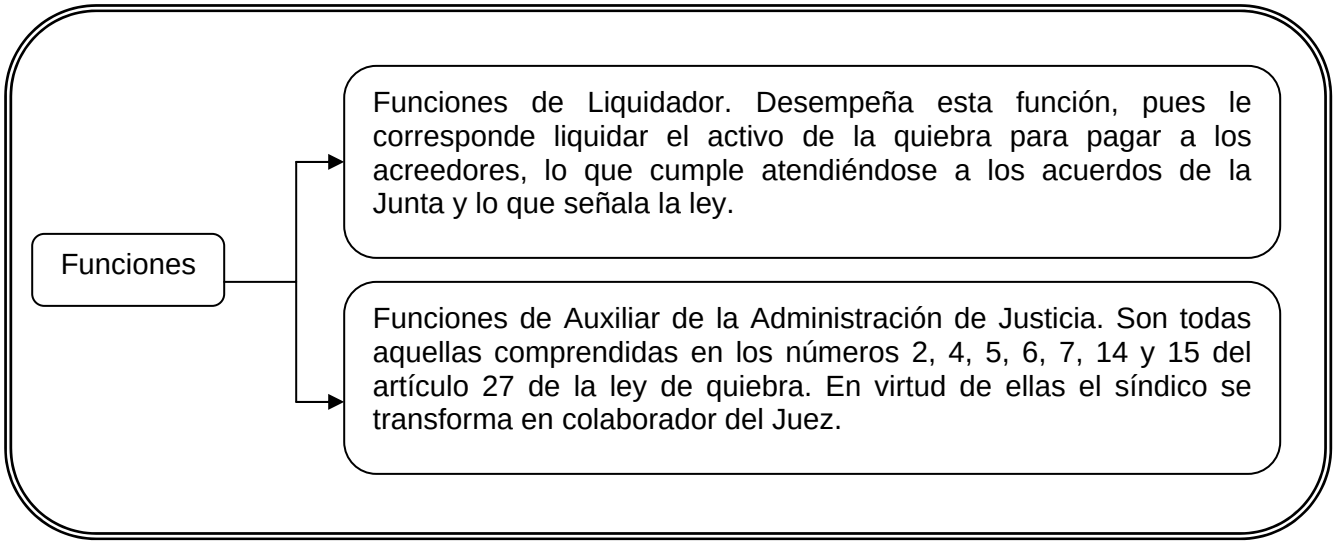
Funciones

Funciones Representativas. Conforme al artículo 27 de la ley de quiebras, el síndico representa los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra y los derechos del fallido, en cuanto puedan interesar a la masa. Así tiene una doble representación en la quiebra: representa judicial y extrajudicialmente al fallido, y representa judicialmente a la masa. El síndico representa al fallido en el resguardo de sus intereses durante todo el procedimiento de quiebra, ya que éste no puede ejecutar los actos ni celebrar contratos válidos después de la declaratoria de quiebra. Asimismo, representa a los intereses generales de los acreedores en lo que dice relación a la masa o conjunto de acreedores y no a alguno de ellos en particular.

Funciones Administrativas. En este sentido el síndico debe: administrar; conservar; incrementar; liquidar los bienes de la quiebra y decretar la continuación del giro total o parcial provisional con conocimiento del fallido, hasta la celebración de la primera junta de acreedores. El giro definitivo sólo puede hacerse con acuerdo del tribunal o de la junta de acreedores; puede celebrar transacciones y compromisos previo acuerdo de la junta de acreedores; cobrar créditos; contratar préstamos para subvenir los gastos de la quiebra; ceder a título oneroso los derechos que el fallido tenga en sociedades y otras organizaciones, pedir su liquidación; realizar los bienes de la quiebra y depositar los dineros a interés en un banco y hacer reparto de fondos, así lo dispone el artículo 27 de la ley de quiebras.

Funciones de Depositario o Interventor. El síndico debe actuar como interventor en la administración que conserva el fallido respecto de los bienes de sus hijos y cónyuge y de los bienes en usufructo legal, a fin de procurar que los frutos ingresen a la quiebra, y además cuando el deudor celebre convenio judicial. El cargo de depositario le corresponde cuando hay concurso hipotecario o prendario.

Figura Nº 7: (continuación) Funciones del Síndico



Una vez analizadas las principales funciones del síndico corresponde indagar en las distintas circunstancias que producen la cesación o término de esta función. El síndico cesa en su cargo por las causales establecidas en el artículo 32 de la ley de quiebras a saber:

1) Por haber dado cumplimiento a su cometido.

2) Por no haberse confirmado la designación del síndico provisional.

3) Por la revocación de la junta de acreedores.

4) Por la renuncia, que deberá ser aceptada y justificada por la junta de acreedores o, en su defecto, por el Tribunal.

5) Por haber dejado de formar parte de la nómina nacional de síndicos, salvo el caso del número 6° del artículo 22.

6) Por inhabilidad sobreviviente, según el artículo 17, aunque no se hubiere producido aún su exclusión de la nómina.

7) Por remoción conforme a los dispuesto en el número 9° del artículo 22 de la ley de quiebras.

Cabe señalar que los honorarios del síndico se considerarán dentro de los gastos de la quiebra. En el caso de los honorarios del síndico provisional, cuando éstos no fueren ratificados por la junta de acreedores, o síndico definitivo, y cuando cese anticipadamente en el cargo, serán acordados entre éstos y la junta de acreedores. A falta de acuerdo, serán fijados por el Tribunal de la quiebra.

El síndico definitivo tendrá como remuneración la que acuerde la junta de acreedores de conformidad con lo preceptuado en el artículo 111 y, en caso de no aceptar dicho órgano la pertinente proposición del síndico o de no pronunciarse oportunamente sobre ella, le corresponderá un honorario proporcional al monto de los ingresos que se produzcan en la quiebra.

El síndico percibirá como anticipo, a cuenta de honorarios, la suma que convenga la junta de acreedores o, en su defecto, el cincuenta por ciento de aquella que resulte de aplicar los tramos establecidos en el artículo 35 de la ley de quiebras a los fondos de la masa a medida de sus ingresos a ella. Si la quiebra careciera de bienes o si éstos fueren insuficientes para el pago de los honorarios que pudieren corresponder al síndico, éste sólo tendrá derecho a una remuneración de 15 unidades de fomento, que serán pagadas por la Superintendencia con cargo a su presupuesto.

El síndico que se reúna con el deudor, con algún acreedor o tercero para proporcionarle alguna ventaja indebida o para obtenerla para sí, será penado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, salvo que cualquiera de los actos delictuosos que hubiere cometido en el desempeño de su cargo tuviere asignada mayor pena, pues entonces se aplicará ésta. Será, además, castigado con inhabilidad especial perpetua para ejercer el cargo de síndico. La responsabilidad civil del síndico, que alcanzará hasta la culpa levísima, se perseguirá en juicio sumario y sólo una vez presentada la cuenta definitiva.

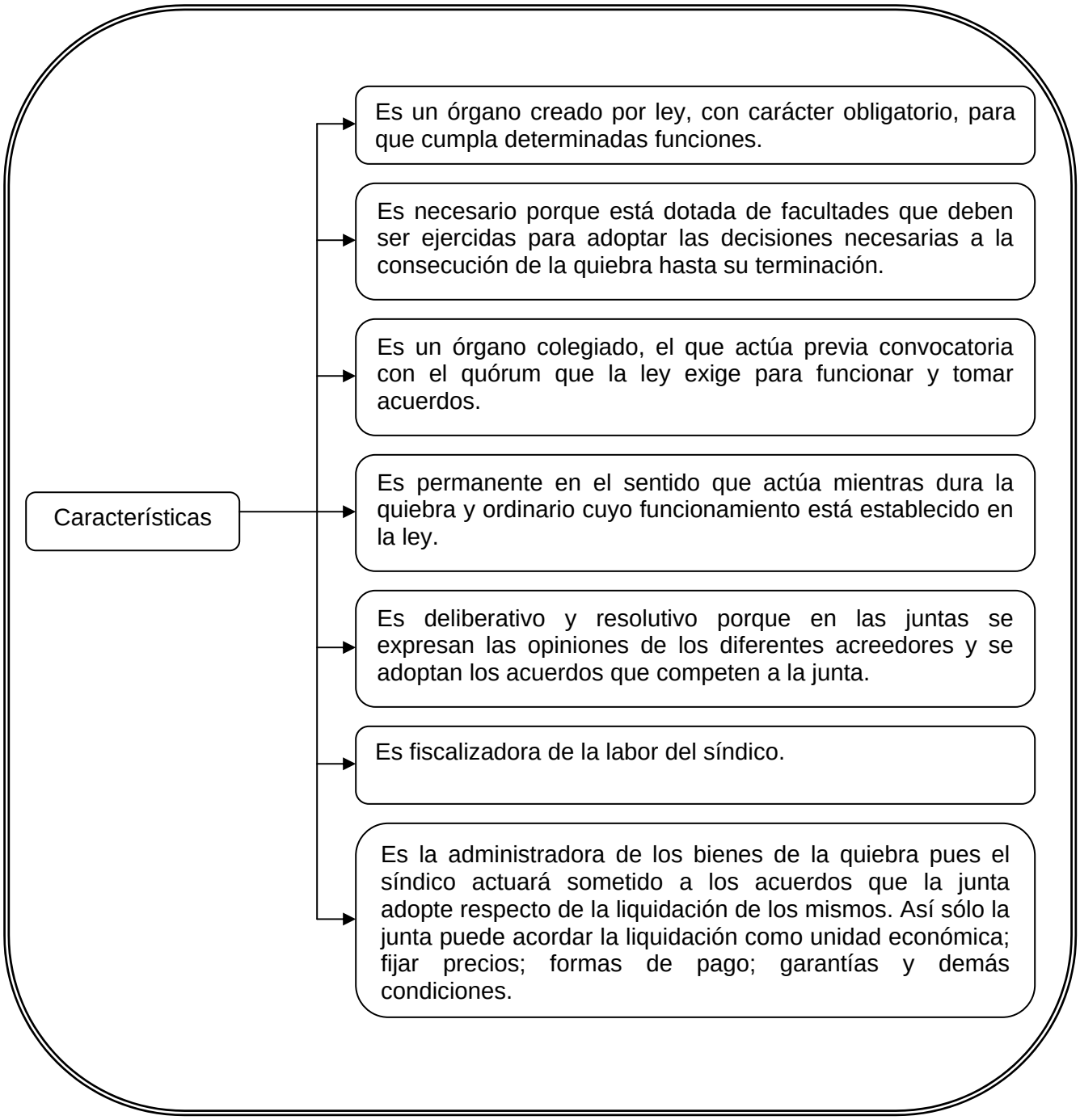
CLASE 09

c) La Junta de Acreedores. Es el principal órgano de la quiebra, pues consiste en la reunión de todos los acreedores en junta, en que éstos expresan su voluntad en relación con sus intereses. Cabe señalar que poseen las facultades más importantes de la quiebra, fundamentalmente relacionadas con la forma de liquidar los bienes.

El profesor Sandoval, afirma que la junta de acreedores es el órgano de la masa de acreedores, que no tiene personalidad jurídica porque carece de los atributos de la persona jurídica, careciendo de bienes porque los que existen en la quiebra son del fallido. Para ello, en la sentencia que declara la quiebra se insta a los acreedores a presentarse, dentro de los 30 días contados desde la publicación de la sentencia con los documentos justificativos de los créditos y alegar su preferencia cuando corresponda bajo el apercibimiento que les afectará los resultados del juicio, indicando la fecha, hora y lugar en que se realizará la primera junta de acreedores a la cual asiste el Juez y Secretario del Tribunal.

A continuación se señalarán las características de la Junta de Acreedores, a saber:

Figura Nº 8: Características de la Junta de Acreedores

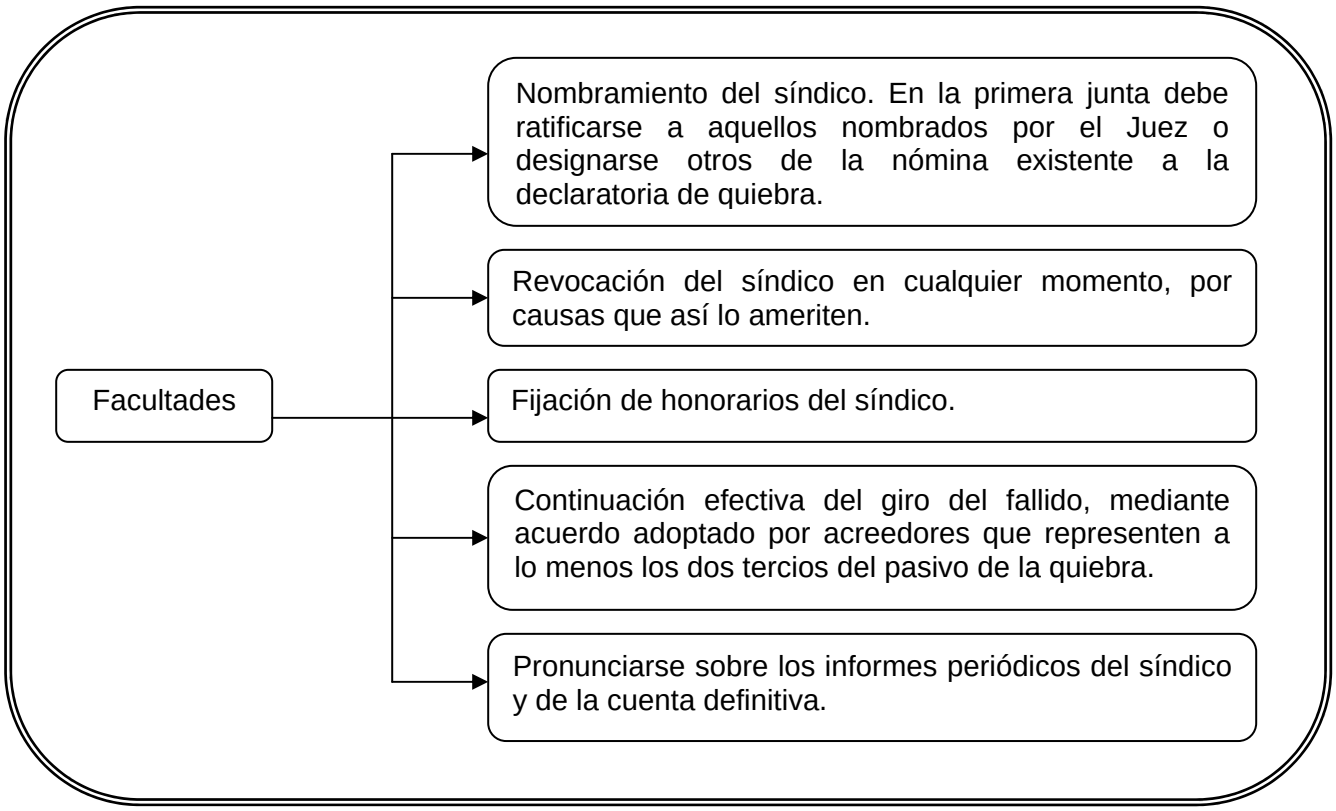


De acuerdo a la última característica, la adopción de acuerdos, son actos jurídicos de naturaleza colegiada, en cuanto deben emanar de junta legalmente convocada, son adoptados por el quórum que en cada caso exige la normativa para funcionar. La ley no ha contemplado la forma de impugnar tales acuerdos, pero debe considerarse que pueden impugnarlos los acreedores que no hayan concurrido a formar el acuerdo y el

fallido, si se advierte alguna ilegalidad de forma o de fondo, en cuyo caso el acuerdo podría ser nulo absolutamente o inexistente según la teoría que se siga. Tampoco se señala quien debe conocer de la impugnación.

La Junta de acreedores cuenta con las facultades que se mencionan en la siguiente figura:

Figura Nº 9: Facultades de la Junta de Acreedores



Cabe señalar que la junta sólo funciona cuando los acreedores han sido legalmente convocados para reunirse en juntas[5], sean ordinarias o extraordinarias. El quórum mínimo de funcionamiento es de dos acreedores que representen un porcentaje no inferior al 25% de los créditos con derecho a voto reconocidos, salvo que se requiera quórum especial.

Continuando con lo anterior, el quórum para adoptar acuerdos es de dos acreedores que sumen la mayoría absoluta de los miembros presentes en la reunión, salvo que la ley exija otra mayoría. Dichos acuerdos deben consignarse en acta firmada por el Presidente y el secretario de la Junta, que es ministro de fe, y el o los acreedores designados en la sesión, e incorporadas al libro de actas que lleva el síndico.

[5] Sólo tienen derecho a concurrir y a votar en las juntas aquellos acreedores cuyos créditos estuvieran reconocidos, es decir, aquellos que verificados en la quiebra no fueron impugnados o aquellos cuyas impugnaciones fueron desechadas.

En este sentido como cada crédito representa un voto, la ley prohíbe fraccionar los créditos después de declarada la quiebra. El contraventor y sus representantes pierden el derecho de asistir a las juntas. Por lo mismo, los que hagan valer porciones de un crédito fraccionado dentro de los 30 días anteriores a la declaratoria de la quiebra se contarán como una sola persona y emitirán un solo voto. Estas prohibiciones de fraccionamiento de los créditos no se aplicarán a los créditos que se dividen como consecuencia de la liquidación de una sociedad o de la participación de una comunidad.

Respecto de las juntas, cabe señalar que existen diversas clases o tipos. De esta manera se puede encontrar la primera junta; las denominadas juntas ordinarias y las juntas extraordinarias, las cuales se estudiarán a continuación:

- Primera Junta. De acuerdo a lo que establece el artículo 105 de la ley en comento, la primera junta debe realizarse en la sede del Tribunal o en el lugar que se haya establecido, no antes de 30 ni después de 40 días hábiles contados desde la publicación de la sentencia de quiebra.

  Para constituirse (la primera junta) requiere dos o más acreedores con derecho a voto que representen en conjunto 2/3 partes del pasivo de la quiebra a lo menos. Si no se reúne dicho quórum, se deja constancia en el expediente y el Tribunal cita a junta en segunda citación para no antes de cinco ni después de diez días hábiles, indicando el lugar, el día y la hora, naturaleza de la reunión y que se trata de la segunda citación.

  En este contexto, la notificación se realizará por aviso y la junta se celebrará con los acreedores que asistan. La reunión será presidida por el Juez, actuando como ministro de fe el Secretario del Tribunal o quien designe el magistrado. De lo tratado se levantará un acta que firmará el presidente y el secretario, el cual se incorporará al libro de actas.

  Las materias de la primera junta se encuentran establecidas en el artículo 108 de la ley de quiebras, y son las que se señalan a continuación.

  a) Oír la cuenta del síndico provisional sobre el estado de los negocios del fallido, de su activo y pasivo, y la labor realizada.

  b) Ratificación del síndico titular y suplente o designación de reemplazante.

  c) Acordar lugar, día y hora de las reuniones ordinarias, que al menos deben ser mensuales, debiendo la primera llevarse a efecto entre los 30 y 45 días corridos, salvo que la junta y el síndico acuerden otra fecha.

  d) Designar un presidente y un secretario de entre acreedores con derecho a voto.

  e) Cualquier otro acuerdo necesario para el más adecuado cumplimiento de las funciones de la junta y del síndico.

- Juntas Ordinarias. En la primera junta ordinaria[6] de acuerdo con el artículo 111 de la ley de quiebras, el síndico deberá presentar un informe completo que incluya el programa de realización de activos y proposición de pago de pasivo. Además, incluirá una estimación de gastos; proposición de su remuneración y las contrataciones que considere necesarias para cumplir su cometido.

  De esta manera si el síndico lo estima necesario propondrá la continuación efectiva del giro total o parcial, o la enajenación de todo o parte del activo como conjunto o ambas. La junta deberá pronunciarse en la misma reunión o a más tardar en la siguiente ordinaria o extraordinaria. A falta de pronunciamiento se entiende que aprueba el informe; el programa y las proposiciones del síndico, salvo en lo relativo a sus honorarios que se regirá por el artículo 35 de la ley en comento que contiene la tabla.

  Lo anterior no se aplica a la continuación del giro, a una forma diferente de enajenar el activo y a la enajenación como conjunto o unidad económica. En las demás juntas ordinarias según el artículo 116 de la ley se deberá conocer el informe periódico del síndico y las proposiciones de éste o de otros acreedores y adoptar los acuerdos que estime necesarios.

- Juntas Extraordinarias. Se celebran cuando las decreta el Juez, de oficio (por sí mismo) o a petición del síndico, del superintendente o acreedores que representen al menos ¼ del pasivo con derecho a voto, o cuando así lo haya acordado la junta en sesión anterior. Debe señalarse el objeto preciso de la reunión y sólo pueden tratarse sobre materias incluidas en la convocatoria. Cabe señalar que sólo en reunión extraordinaria y mayoría absoluta puede acordarse revocación de síndico.

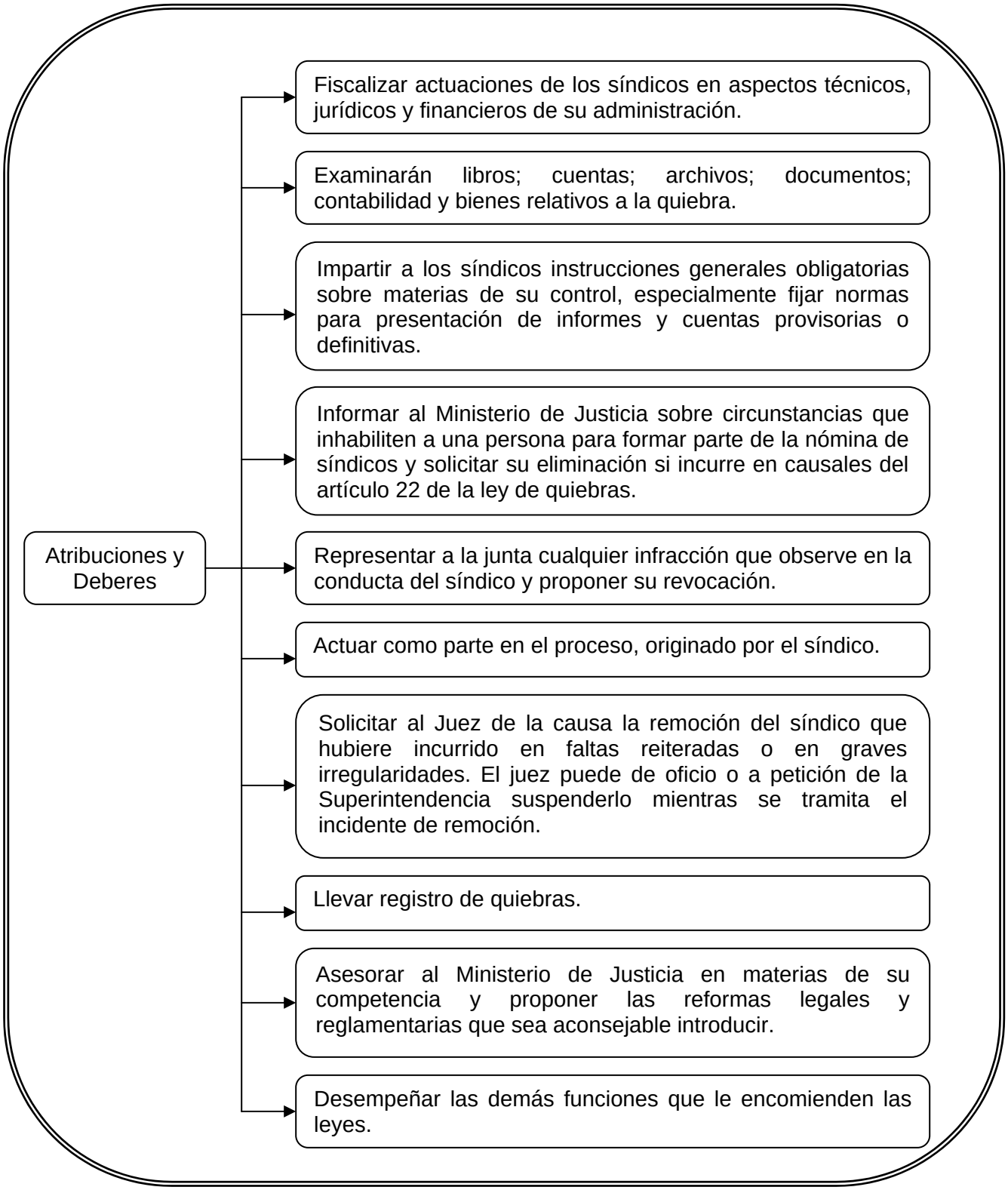
  La convocatoria se hace por aviso publicado en el diario oficial, con a lo menos 7 días corridos de anticipación, obligación que corresponde al síndico y que contendrá la individualización de la quiebra; lugar; día; hora y objeto de la reunión, así lo dispone el artículo 118 de la ley de quiebra.

d) Superintendencia de Quiebras. El artículo 7 de la ley de quiebra crea una persona jurídica denominada Superintendencia de Quiebras cuyo objeto es supervigilar y controlar la labor de los síndicos. Cabe señalar que se trata de un órgano autónomo, de duración indefinida, que se rige por la ley de quiebras y se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Justicia.

   Sus atribuciones y deberes están en el artículo 8 de la ley de quiebras, y son las que se mencionan en la siguiente figura:

[6] Llamada también junta de planificación, ya que tiene por objeto o finalidad adoptar el plan de realización del patrimonio del fallido y plan de pago del pasivo.

Figura Nº 10: Atribuciones y Deberes de la Superintendencias de Quiebras



CLASE 10

3. SANEAMIENTO DE LOS VICIOS DE NULIDAD

El saneamiento de los vicios de nulidad se encuentra regulado en la ley 19.499; norma que se aplica a las sociedades colectivas mercantiles; en comandita y las sociedades de responsabilidad limitada que en el incumplimiento de ciertos requisitos de constitución o modificación provocan la nulidad, sin perjuicio con el saneamiento en conformidad con la ley.

- Aplicación de la Ley

Cabe señalar que se aplica el saneamiento respecto de los vicios formales que puedan surgir u originarse en las sociedades nombradas con anterioridad, los cuales se definen como:

> Aquellos que consisten en el incumplimiento de alguna solemnidad legal, tales como la inscripción o publicación tardía del extracto de la escritura o la falta de cumplimiento imperfecto de las menciones que la ley ordena incluir en las respectivas escrituras, como por ejemplo, la razón social.

Por el contrario, los vicios de fondo consisten en:

> Los defectos relativos al contenido de las escrituras, siempre que impliquen la privación de algún elemento esencial al concepto de sociedad o algún vicio de carácter sustancial de general aplicación en los contratos, así lo dispone el artículo 1 inciso 4º de la ley en comento. También hay que considerar dentro de éstos, la falta de escritura pública o de instrumento reducido a escritura pública o protocolizado, ya que de acuerdo al artículo 356 del Código de Comercio la constitución de una sociedad sin estas formalidades es nula de pleno derecho y no pueden ser saneadas.

En este sentido, los vicios de fondo implican la nulidad absoluta o en términos teóricos la inexistencia de la sociedad. En cambio, los vicios formales provocan una nulidad que puede ser saneada (salvada) en conformidad a esta ley.

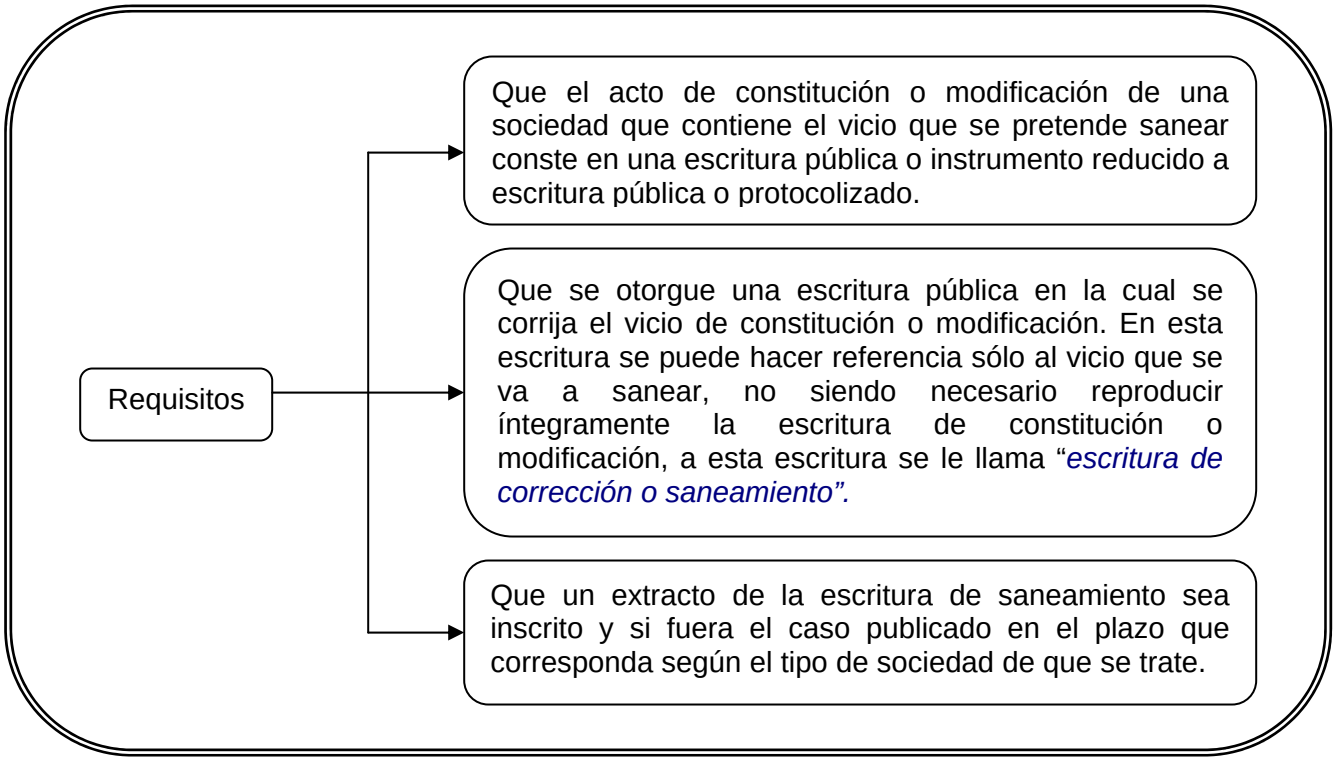
Continuando con lo anterior, la ley distingue ciertos errores que no constituyen vicios formales de nulidad de una sociedad o de sus modificaciones, y que por lo tanto no requieren ser saneados. De esta manera como no constituyen vicios de fondo pueden ser saneados en cualquier momento mediante escritura pública suscrita por los titulares de los derechos sociales y en su caso los cedentes o sus causahabientes y sus cesionarios o alguno de los

administradores de la sociedad. Estos errores que no requieren de saneamiento se pueden encontrar tanto en la escritura, como en los extractos publicados o inscritos.

- Requisitos Para que Opere el Saneamiento

El artículo 3 de la ley 19.499 señala cuales son los requisitos para que opere este saneamiento, a saber:

Figura Nº 11: Requisitos para que Opere el Saneamiento



Sin perjuicio de los requisitos para el saneamiento, referidos en los artículos 3º y 4º de la ley, cuando la nulidad originada por vicios formales afecte a las sociedades regidas por leyes especiales, como los bancos que requieren la autorización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, el saneamiento se debe someter además a las mismas formalidades de constitución o modificación.

Continuando con lo anterior, a la escritura de corrección deben concurrir, quienes sean los titulares de los derechos sociales al tiempo del saneamiento. Si el vicio dice relación con la cesión de derechos sociales, además deben concurrir a la escritura el cedente o sus causahabientes y los actuales titulares de los derechos cedidos. Cuando se trata de una sociedad que tiene su capital dividido en acciones, el otorgamiento de la escritura de corrección se entiende cumplido con la escritura o lo que se reduzca el acto de la junta

extraordinaria de accionistas en la cual se corrija el vicio incurrido en la constitución o modificación cuya nulidad se desee sanear.

Respecto del extracto de la escritura de saneamiento éste debe contener los siguientes elementos:

1) La fecha de la escritura extractada, el nombre y el domicilio del notario ante cual se otorgó.

2) La fecha de la escritura pública que contenga el acto que se sanea o de la escritura de protocolización del documento que contenga el acto o vicio que se sanea o de la escritura pública o que se redujo el acto viciado, nombre y domicilio del notario ante el cual se otorgó.

3) Un extracto de las modificaciones mediante las cuales se corrige el vicio de que se trata. Este extracto debe ser autorizado por notario que ejerza en la notaría ante la cual se otorgó la escritura, sin lo cual no sería inscrito ni publicado en su caso.

- Efectos del Saneamiento

El saneamiento del vicio de nulidad producirá efecto retroactivo:

a) A la fecha de la escritura pública o de la protocolización según corresponda.

b) Tratándose de una modificación que no haya sido oportunamente inscrito o publicado el saneamiento producirá efecto retroactivo a la fecha de publicación.

c) Si ambas formalidades se practicaran con retraso, se hará a la fecha de la última.

El saneamiento que establece esta ley puede practicarse en cualquier tiempo, incluso aún después que la nulidad haya hecho valer en juicio, pero antes de que quede ejecutoriada la sentencia de término, así lo dispone el artículo 7 de la ley en comento.

- Plazos Para Alegar la Nulidad

En cuanto a los plazos para alegar la nulidad de estos vicios formales hay que estarse a las reglas generales de la nulidad. El plazo de prescripción corre contra toda persona y no admite suspensión alguna, así lo dispone el artículo 6º de la ley 19.499.

En este contexto, una vez vencido el plazo de dos años sin que se haya hecho valer la nulidad, las disposiciones de la escritura prevalecen sobre las del extracto. Para que una persona pueda alegar la nulidad de una sociedad o de su modificación, por afectarle un vicio de carácter formal es necesario que acredite en el proceso que la existencia de ese vicio le

causa un efectivo perjuicio de carácter pecuniario. Si esta circunstancia no es acreditada, su alegación será desestimada, así lo señala el artículo 8º de la ley.

Por último, expresamente la ley señala que no puede alegarse en juicio la nulidad, fundada en vicios formales que afecten la constitución o modificación de una sociedad, una vez que se encuentre disuelta, así lo dispone el artículo 10 de la norma legal ya mencionada.

Realice ejercicios nº 15 al 22

4. MERCADO DE VALORES

Éste se encuentra inserto en el mercado de capitales, el cual se entiende como el punto ideal de encuentro libre e informado entre oferentes y demandantes de recursos financieros o valores, con el objeto de asignarlos eficientemente al desarrollo económico.

También se puede entender como un conjunto de mercados formales e informales, constituidos por instituciones e instrumentos de financiación e inversión. En el mercado de capitales lo característico es la transferencia de recursos desde aquellos agentes económicos que tienen un superávit de recursos financieros hacia aquellos que necesitan cubrir déficit de recursos.

Continuando con lo anterior, dentro del mercado de valores se pueden encontrar dos tipos de mercados de capitales, los cuales se explican de la siguiente manera:

a) Mercado Formal. Es el que comprende el conjunto de organismos que se han especializado en operaciones de crédito y a las personas naturales y jurídicas que realizan frecuentemente operaciones crediticias, como por ejemplo, los bancos; las cooperativas; la bolsa de valores; los corredores; entre otros.

b) Mercado Informal. Es aquel constituido por organismos o personas que realizan operaciones crediticias esporádicamente, por no constituir estas su principal objetivo, es el caso de las tiendas comerciales.

Las instituciones del mercado informal también llamado mercado no organizado, normalmente no son consideradas en el estatuto y análisis del mercado de capitales principalmente debido a la falta de información. En el mercado de capitales existen oferentes, intermediarios y demandantes de recursos. Como en todo mercado existe una cantidad limitada de recursos disponibles, por lo tanto, estos deben ser distribuidos desde los oferentes de recursos a los demandantes.

Esta distribución se realiza a través de los intermediarios y el traspaso de recursos se efectúa normalmente bajo la forma de crédito. Los intermediarios prestan un servicio que consiste básicamente en reunir a los oferentes con los demandantes de recursos. Sin embargo, algunos intermediarios pueden además emitir instrumentos financieros o valores.

Continuando con lo anterior, el mercado de capitales es un mercado eficiente, esto significa que toda la información relevante, disponible se debe incorporar completa e instantáneamente a los precios de los títulos que se transan. Los precios de los valores reflejan toda la información pública disponible, relacionada con el título o con el emisor. En este sentido los precios son señales correctas para los inversionistas permitiendo que el mercado de capitales cumpla el papel de distribuir los recursos de manera óptima.

Si toda la información se refleja en los precios, todos los inversionistas estarán en las mismas condiciones para invertir y ninguno podrá obtener beneficios superiores a menos que tengan acceso y hagan uso de cierta información interna no divulgada al público.

A su vez el mercado de capitales puede ser un mercado primario y un mercado secundario, los cuales serán explicados a continuación:

- Los Mercados Primarios, corresponden a aquellos en donde se realiza la emisión y la primera venta de instrumentos financieros. Se les llama también mercado de emisión por que los activos intercambiados son de nueva emisión.

- Los Mercados Secundarios, están formados por una cadena de instituciones que prestan facilidades para la negociación de obligaciones pendientes tanto en deuda como en capitales. Se les llama también mercado para valores de segunda mano y su importancia radica en que permite la transferencia de títulos ya emitidos desde su actual titular a un nuevo adquirente.

  Lo característico en este mercado es el cambio de poseedor de un activo financiero preexistente. Este mercado es el que da liquidez al mercado de capitales.

  En este contexto, existe un mercado financiero y uno de valores, cuya distinción depende del tipo de instrumento que se transe o negocie. Si lo transado es crédito, el mercado será financiero o bancario; y si lo transado son valores, el mercado será de valores.

  Los principios que caracterizan al mercado de valores son el predominio de la confianza pública; el resguardo de la buena fe; la transparencia del mercado; el respeto de la propiedad privada y la libertad de las personas. La constitución resguarda el mercado de capitales dentro de las normas que son parte del llamado orden público económico.

  El mercado de valores principalmente cuando se desarrolla en el ámbito bursátil es el pilar de todas las economías occidentales, ya que a través de él se permite el normal desenvolvimiento de las sociedades anónimas que son la base de la acumulación de grandes sumas de capital para el desarrollo de grandes proyectos de inversión.

  Cabe señalar que como es parte del mercado de capitales puede ser formal o informal primario o secundario, de acuerdo a lo ya dispuesto anteriormente, siendo relevante para fines de estudios el mercado de valores secundario formal, es decir, aquel en que los

compradores y vendedores están simultánea y públicamente participando en forma directa o a través de un agente de valores o corredor de bolsa en la determinación de los precios y de los títulos que se transan en él. Este mercado de valores puede ser bursátil cuando las operaciones son organizadas y reglamentadas por instituciones formales y especializadas denominadas "bolsa de valores" o puede ser extrabursátil o fuera de bolsa cuando las operaciones no se realizan en aquella.

En las bolsas de valores actúan como intermediarios los corredores de bolsa, y en el mercado extrabursátil agentes de valores principalmente sociedades financieras y bancarias. El mercado de valores nacional se encuentra reglado por la ley 18045 de octubre de 1981, esta ley ha sido objeto de diversas modificaciones tendientes a la ampliación y al crecimiento del mercado de capitales nacionales, incluyendo normas de control de sus agentes y participantes.

El objetivo de estas modificaciones es tener un mercado equitativo, ordenado y transparente. En cuanto a su ámbito de aplicación esta ley regula:

a) La oferta pública de valores y sus respectivos mercados e intermediarios, es decir, las bolsas de valores, los corredores de bolsa y los agentes de valores.

b) Los emisores e instrumentos de oferta pública y los mercados secundarios de dichos valores dentro y fuera de las bolsas.

c) Todas las transacciones de valores que se originen en ofertas públicas de los mismos o que se efectúen con intermediación de corredores y agentes.

d) El mercado de acciones de sociedades anónimas y en comandita, en las que a lo menos el 10% de su capital suscrito pertenece a un mínimo de 100 accionistas, excluidos los que individualmente o a través de otras personas naturales o jurídicas excedan dicho porcentaje, y aquellas que tienen 500 o más accionistas.

e) Todas aquellas operaciones o acciones que las leyes remitan a la ley 18045.

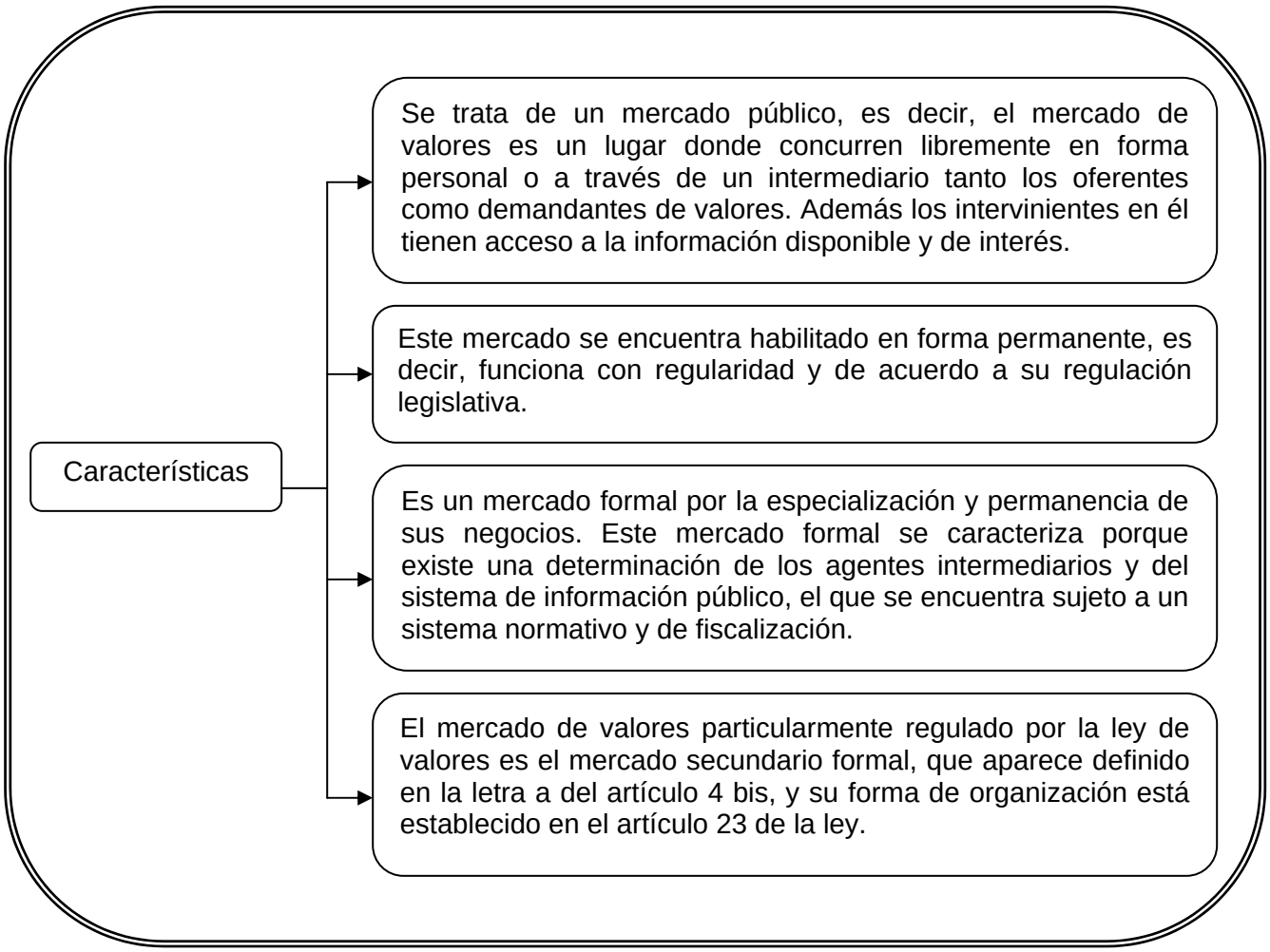
Las transacciones no consideradas por el ámbito de aplicación señalado anteriormente, tienen el carácter de privadas y quedan excluidas de las disposiciones de la ley de valores. También quedan excluidos de esta ley los valores emitidos o garantizados por el estado, por las instituciones públicas centralizadas o descentralizadas, y por el banco central, sin perjuicio de la labor de fiscalización que pueda realizar la Superintendencia de Valores y Seguros.

- Características del Mercado de Valores

Una vez analizados los distintos tipos de mercados que se pueden encontrar dentro del mercado de valores, corresponde explicar las principales características que lo definen e identifican.

En la siguiente figura se muestran las principales características que presenta el mercado de valores.

Figura Nº 12: Características del Mercado de Valores



CLASE 11

4.1. Valores de Oferta Pública

Las operaciones que realizan los compradores y los vendedores en este mercado secundario formal son operaciones de transferencia de valores. Cuando se habla de valores se debe entender conforme al artículo 3 de la ley 18045, cualquier título transferible. Este concepto usado por el legislador se compone de dos elementos: el titulo y su transferibilidad.

De acuerdo con lo anterior, por título se debe entender:

Aquel documento que representa para su titular o poseedor un derecho, por lo tanto, el concepto comprende tanto al documento o papel, es decir, la materialidad; como el derecho implícito, es decir, incorporado, consistente generalmente en la eventualidad de obtener un retorno o un flujo futuro.

En este contexto, la transferibilidad del título, es decir, la posibilidad que este valor pase de un título a otro, dice relación con su liquidez y su cesibilidad. De acuerdo con ello por liquidez se debe entender aquella calidad o capacidad de un activo que puede fácilmente transformarse en dinero, también se puede entender como la mayor o menor facilidad con que los valores se transan, es decir, se compran o venden, en el mercado sin perder su valor. La cesibilidad dice relación con la calidad o posibilidad de ceder o dar el título o valor a otro, lo que se relaciona entonces con los trámites o actuaciones necesarias para lograrlo, en esta parte se aplican las distinciones entre instrumentos o títulos nominativos; a la orden; o al portador.

Continuando con lo anterior, la ley se encarga de enumerar algunos de los títulos transferibles, así el artículo 3 inciso primero de la ley 18045 señala los siguientes:

a) Las Acciones

Las acciones se las puede definir como:

Títulos negociables emitidos por las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones.

Cabe señalar que desde la perspectiva del emisor las acciones representan el capital social y pueden considerarse como una alternativa de financiamiento a plazo indefinido de las sociedades. A través de la emisión de las acciones las empresas pueden reunir grandes cantidades de recursos para ser invertidos quedando el capital social repartido en gran número de personas.

Desde el punto de vista del inversionista, las acciones representan la propiedad sobre una fracción del patrimonio de la empresa. Como valores las acciones no son reajustables y su precio o valor depende de la cotización que tenga en el mercado secundario.

Las acciones tampoco devengan intereses, su rentabilidad es variable y depende de las utilidades que distribuya la empresa emisora a título de dividendos. También influye la ganancia de capital que genera la diferencia entre el precio de compra y del momento de la venta, y en menor grado las acciones liberadas de pago, a que tenga derecho en una emisión de acciones crías.

b) Las Opciones de Compra y Venta de Acciones

La opción se la puede definir como:

> Es un contrato a través del cual el emisor o cedente por una cierta suma de dinero, llamada prima da o vende al comprador suscriptor el derecho de exigir dentro de un plazo de tiempo determinado, la compra o venta de un número específico de acciones de una empresa a un precio prefijado llamado *precio de ejecución o de ejercicio*. También puede acordarse que el precio sea el que tenga las acciones al momento de ejercer la opción.

Las opciones de compra dan al poseedor el derecho de adquirir un número determinado de acciones de una empresa a un precio normalmente prefijado. La opción de venta da al que la posee el derecho de vender un determinado número de acciones de una empresa a un precio normalmente prefijado, como es el caso de los bonos convertibles y los stocks opcion.

Para que en una bolsa de valores puedan transarse opciones, es necesario generar algunas circunstancias, como la identificación de las acciones sobre las cuales va a recaer la opción; el número de acciones que incluye cada acción; el precio de ejercicio de cada acción; los plazos y las fechas de vencimiento de las opciones.

c) Los Bonos y Deventures

Los bonos y deventures consisten en:

> Títulos de créditos que se emiten en serie con una sociedad anónima, que tienen el carácter de valores mobiliarios y representan una deuda para el emisor y un crédito para su poseedor. Se emiten por períodos de vencimientos superiores a un año, por lo tanto son formas de financiamiento de largo plazo para la sociedad emisora. Además, pueden emitirse en moneda corriente, en unidades de fomento o en otra unidad autorizada por el Banco Central.

Dichos instrumentos son de renta fija, es decir, cuyo retorno es conocido y su riesgo es cierto. La sociedad emisora se compromete a pagar en la época de vencimiento el capital más la tasa de interés fijada en la emisión que puede ser fija o variable. Los bonos pueden ser reajustables o no dependiendo de lo que se determine en el contrato de emisión, el que tiene que señalar la calidad de reajuste en su caso.

En este contexto cabe señalar que en el mercado chileno existen dos tipos de bonos: los del gobierno y los corporativos, estos últimos emitidos por las empresas. La emisión de

bonos de la empresa se encuentra reglamentado en el título XVI de la ley 18045, conforme a estas normas los bonos que se emiten deben contener diversas estipulaciones, entre ellas, los montos de los pagos que la empresa emisora hará al comprador (el tenedor) y las fechas de los pagos a los que se les denomina amortizaciones. La alternativa más usual es que durante el plazo del bono, sólo pacten intereses y al final del período el capital.

Por último, se puede estipular que periódicamente el emisor vaya pagando una porción de interés y capital hasta el fin del periodo. La tasa de interés y la unidad de reajuste en su caso y otras condiciones particulares como la existencia de garantía que ofrezca constituir la empresa emisora o si tienen o no el carácter de subordinados.

d) Cuotas de Fondos Mutuos

Dentro del mercado de valores se puede encontrar los denominados fondos mutuos, los cuales se los define de la siguiente manera:

> Un patrimonio integrado por aportes de personas naturales o jurídicas denominadas partícipes, para que sean invertidos en valores de oferta pública. Las cuotas del fondo mutuo representan el valor mínimo que puede adquirir el partícipe del patrimonio.

Continuando con lo anterior, el patrimonio es representado por una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los partícipes. En cuanto a la administración de los fondos se realizan de acuerdo a una política pre establecida. Los partícipes tienen el derecho a rescatar parcial o totalmente sus aportes en cualquier momento sujeto a las condiciones pactadas. Al igual que las acciones su precio es variable y se valoriza diariamente.

Cabe señalar que las cuotas de los fondos mutuos no devengan intereses y el beneficio para el inversionista consiste en el incremento que se puede producir en el valor de la cuota como consecuencia de las variaciones experimentadas en el patrimonio del fondo, lo que está supeditado a la rentabilidad de los instrumentos en los que ha interferido el fondo.

En este contexto, los fondos mutuos pueden ser dependiendo de la composición de los valores que se invierten, de renta fija o acciones. Los de renta fija pueden ser de bajo riesgo o riesgo medio. En cuanto a las acciones, éstas pueden ser mixtas o puras. Dependiendo de su liquidez pueden ser fondos de alta liquidez, mediana liquidez o liquidez restringida.

Son de renta fija aquellos fondos que invierten en títulos que representan deudas para el emisor y que entregan una rentabilidad conocida, por ejemplo depósito a plazo, bonos, rentas hipotecarias. Estos fondos pueden ser de bajo riesgo cuando invierten en instrumentos emitidos por instituciones de mayor riesgo y liquidez. Los fondos de renta fija pueden ser de corto plazo cuando a lo menos el 90% de los fondos está invertido en títulos

con vencimiento inferior a 120 días o de medio plazo cuando los fondos pueden llegar a tener invertido hasta un 100% de su capital en títulos de largo plazo de 8 a 20 años.

Además, los fondos accionarios[7], pueden ser accionarios puros o mixtos. Los primeros es cuando sólo se invierten en dichos valores y los segundos cuando se invierten combinando en acciones e instrumentos de renta fija (bonos).

Por último, en cuanto a su grado de liquidez, los fondos pueden ser de alta liquidez cuando el inversionista puede rescatar su inversión con un aviso no superior a 24 horas. De mediana liquidez es cuando el inversionista puede rescatar su cuota con una anticipación en el aviso de rescate de 72 horas. Y los fondos de liquidez restringido en los cuales el inversionista puede liquidar su inversión hasta 10 días después de haberla solicitado.

e) Planes de Ahorro

Los planes de ahorro consisten en patrimonios destinados a realizar inversiones específicas como el caso de los fondos para la vivienda. Las administradoras para fondos de las viviendas son instituciones alternativas de ahorro para la vivienda. Su nacimiento está relacionado con la ley 19.281, sobre el leasing habitacional.

Estos fondos son administrados por bancos, sociedades financieras y cajas de compensación, los cuales representan un sistema seguro de inversión, ya que por ley sólo pueden invertir en los mismos fondos que pueda hacer una AFP., es decir, el mayor porcentaje del patrimonio en renta fija y una mínima parte en renta variable.

f) Los Efectos de Comercio

Los efectos de comercio son títulos de deuda negociables, que prueban la existencia de un crédito o importe determinado pagadero al corto plazo. Son comúnmente conocidos como pagarés de empresa y están emitidos por sociedades especialmente autorizadas por la Superintendencia de Valores y Seguro, con el propósito de captar dinero directamente del público para financiar operaciones de corto plazo del emisor.

La ley de reforma de mercado de capitales autorizó la emisión de bonos de corto plazo o efectos de comercio, cuyo plazo máximo son 36 días y el mínimo es de 30 días, los cuales pueden o no tener cláusulas de reajustabilidad. La ganancia para el inversionista está dada por la tasa de interés que paga. El título de crédito o inversión se entiende que es aquel destinado a la circulación y que da derecho a su titular legítimo para exigir su cumplimiento en la forma, plazo y condiciones que señala.

[7] Los cuales invierten en acciones.

- Clasificación de los Valores

Existen diversos tipos de valores que participan e intervienen en el mercado de valores. En la siguiente figura se esquematizan las principales clasificaciones de los tipos de valores.

Figura Nº 13: Clasificación de los Valores

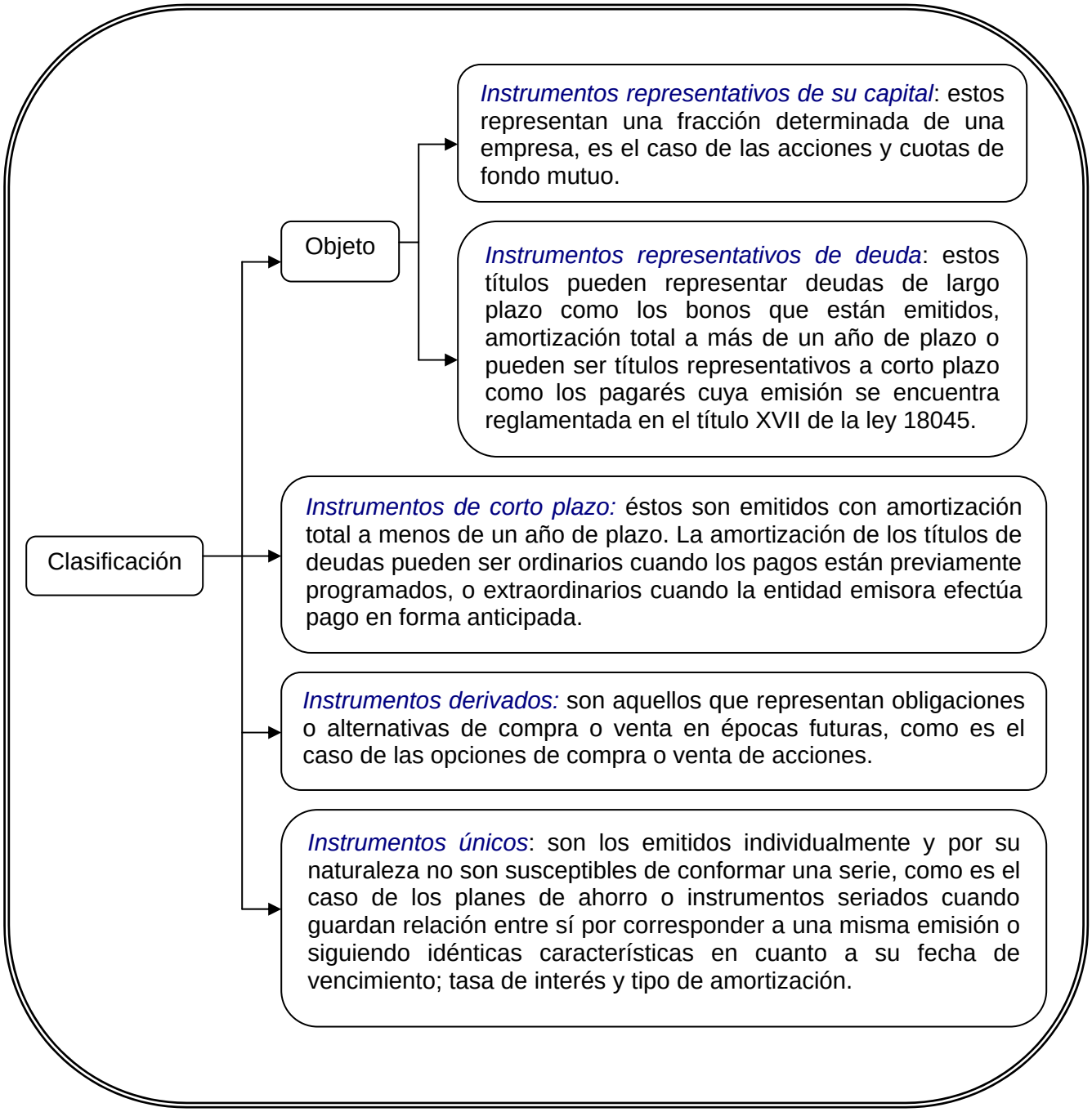
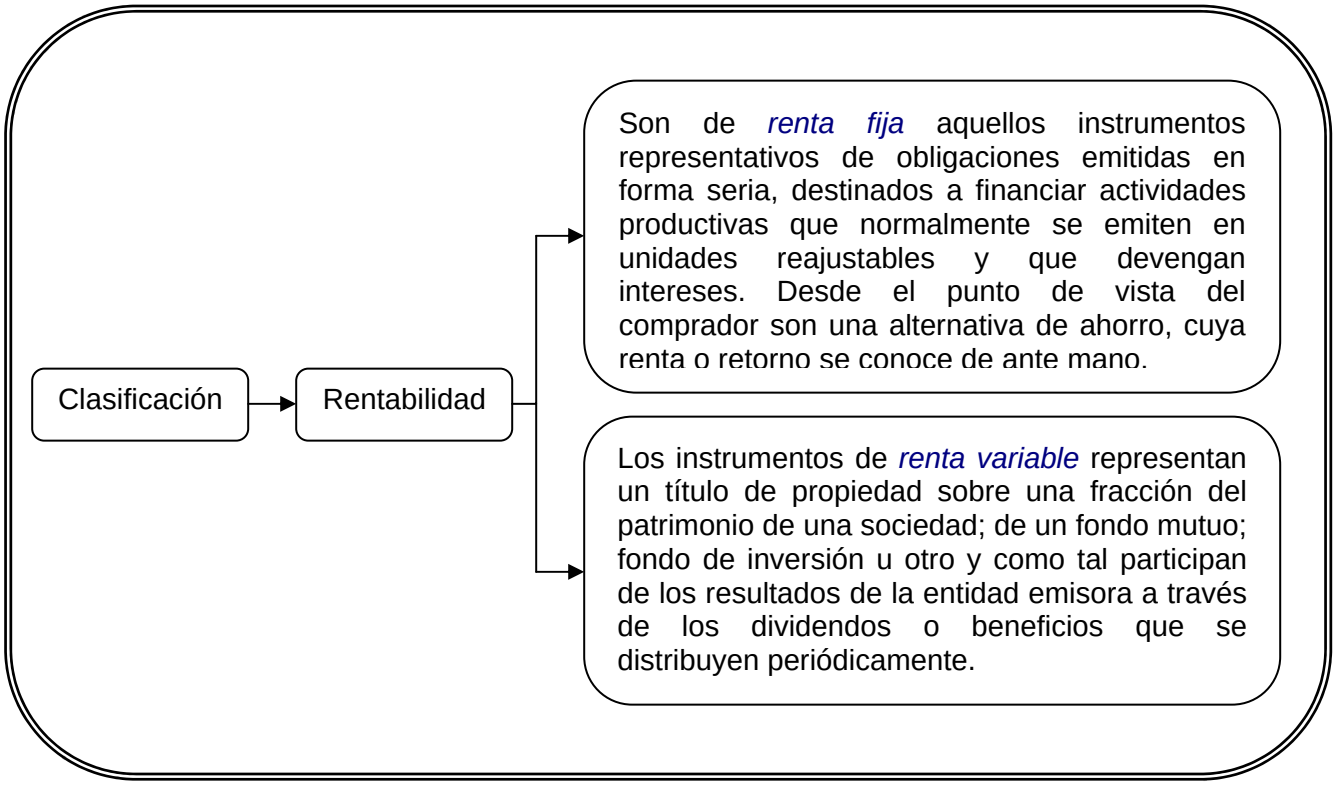


Figura Nº 13: (continuación) Clasificación de los Valores



A continuación se analizará el tratamiento de la información en el mercado de valores.

4.2. La Información en el Mercado de Valores

Con el objeto de asegurar estándares de transparencia en el mercado de valores y en la actuación de sus agentes, la legislación ha establecido, la necesidad de que éstos se incorporen a un sistema de regulación basado en el registro obligatorio. Este registro obliga a entregar información veraz, suficiente y oportuna sobre aquellos hechos relevantes tan pronto como se tenga conocimiento de ella.

De esta manera la intención del legislador es que los inversionistas se informen oportunamente, por lo tanto una de las características de la información en este mercado es que debe ser relevada, es decir, publicitada. La publicidad constituye entonces un elemento esencial en la información en el mercado.

En determinadas condiciones la información puede ser revelada en forma restringida o dirigida, y eventualmente puede determinarse su reserva total En consecuencia, la inscripción en los registros obliga al emisor y a quienes ostentan información a revelar al máximo lo publicitado.

De la información entregada al público alguna puede influir determinantemente en el precio de cotización de los valores, sin importar que se trate de información del emisor; sus negocios; los valores emitidos o la economía en general.

Continuando con lo anterior, en el mercado de valores existen distintos tipos de información, las cuales son la información continua; la reservada y la privilegiada. Posteriormente se explicarán cada una de ellas.

- Información Continua. Cuando se habla de información continua se debe entender más que un tipo especial de información, la periodicidad con que ésta debe ser entregada. Así esta información es relativa a hechos o antecedentes que deben ser puestos a disposición de la Superintendencia como del público en general por las entidades inscritas en el registro de valores en forma permanente y ordenada.

  La periodicidad y forma de entregar la publicidad está reglamentada en normas de carácter general de la Superintendencia. La ley de valores establece dos obligaciones básicas de la información continua.

  Las entidades inscritas en el registro de valores deben proporcionarle a la Superintendencia y al público en general la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas, y con la periodicidad, publicidad y forma que a ésta se exige. El legislador pretende que la completa revelación de la información referida al emisor, a sus negocios y a las negociaciones que tienen por objeto sus valores sea el único medio para proteger la fe pública y la confianza depositada en el mercado de valores. La información permite asegurar la correcta equivalencia de las prestaciones al intermediar valores, en el fondo la información hace posible la igualdad de oportunidades.

  La inscripción en el registro conlleva a la obligación de informar en forma veraz, suficiente y oportuna toda la información esencial. Se entiende por información esencial lo dispuesto en el artículo 9 de la ley 18045 inciso segundo aquello en que un hombre juicioso consideraría importante para sus decisiones sobre inversión.

  En cuanto a la forma de entregar la información el artículo 65 establece que la publicidad, la propaganda o la difusión, cualquiera sea el medio que se utilice no puede contener declaraciones o representaciones que pueda inducir a error, equívocos o confusión al público sobre la naturaleza, los precios, la rentabilidad, el rescate, la liquidez, las garantías o cualquier otra característica de los valores de sus emisores. La Superintendencia de Valores y Seguro puede determinar en casos graves y por resolución fundada la cancelación de la inscripción de un valor. Si se ha obtenido dicha inscripción por medios de información o antecedentes falsos, o durante la vigencia de la emisión el emisor entregare información u antecedentes falsos o difundiere noticias o propagandas falsas con ocasión de la oferta al mercado.

- Información Reservada. Este tipo de información tampoco está definida por el legislador.

Se puede entender que se trata del estado o carácter que bajo ciertas condiciones o circunstancias puede adquirir la información esencial y que básicamente consiste en que no puede ser públicamente divulgada.

El artículo 10 inciso tercero de la ley 18045, establece los requisitos que debe tener la información esencial para que se pueda adoptar respecto de ella un acuerdo de reserva. Estos requisitos son: que diga relación con hechos o antecedentes que se refieran a negociaciones pendientes y que el conocimiento de dichos hechos o antecedentes pueda perjudicar el interés social.

El carácter de reservado debe ser adoptado por las tres cuartas partes de los directores en ejercicio o por la unanimidad de los administradores en su caso. Una vez firmado el acuerdo de reserva debe insertarse en el libro de acuerdos reservados y debe ser comunicado a la Superintendencia el día siguiente hábil de su adopción. De esta manera una vez adoptado el acuerdo se genera para todo aquel que tomó conocimiento con la información el deber personal de dicha reserva que subsiste hasta que ésta no sea públicamente divulgada.

Si se trata de una sociedad anónima abierta éste deber pesa no sólo frente a los directores que adoptaron el acuerdo de reserva, sino también sobre toda persona que por razón de su cargo, actividad o posición tenga acceso a la información reservada. Así por ejemplo el artículo 85 de la ley establece que los socios; administradores y en general cualquier persona que en relación a su cargo o posición tenga acceso a información reservada de las sociedades clasificadas, se les prohíbe valerse de dicha información para obtener para si o para otras ventajas económicas de cualquier tipo.

Asimismo, cuando el acuerdo o la decisión de reserva se toma dolosa o culpablemente los responsables están obligados a satisfacer los daños que causan, sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales que puedan corresponderle. En el caso de violar el deber de estricta reserva, los inspectores son sancionados conforme a las normas de información privilegiada.

Una vez que haya cesado el carácter de reservado de un hecho, el acuerdo que así lo determine deberá ser incorporado al libro de cesiones del directorio en la primera reunión que se celebre o en el libro del administrador, según el caso concreto.

- Información Privilegiada. En el año 1994 la ley 19301 agregó a la ley de mercado de valores el título XXI, denominado de la información privilegiada que en forma sistemática se reglamentó entre los artículos 164 y 172 del texto. Es así que el artículo 164 la define como cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios, o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgado al mercado y cuyo conocimiento por su naturaleza sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos.

En el fondo se trata de cualquier información a la que determinada persona tenga acceso en función de su cargo; posición; actividad o relación que no sea conocida por el mercado o público en general y que pone a estas personas en una situación de privilegio en relación con otros inversionistas.

El sujeto activo de la información privilegiada conocido genéricamente en doctrina extranjera como insiders, en la legislación chilena conforme al artículo 165, es cualquier persona que en razón de su cargo; posición; actividad o relación tenga acceso a la información privilegiada definida en el artículo 164 de la ley.

En relación con este sujeto la Superintendencia ha establecido que la expresión cargo es aplicable a aquellas personas que lo ejercen tanto en sociedades emisores como en organismos públicos fiscalizadores de aquellas. Y el término posición se aplica en aquellas personas que sin ocupar cargos en las entidades referidas se encuentran por una razón o circunstancia vinculadas o relacionadas con ella o con cualquiera de sus trabajadores o funcionarios, como los consultores o intermediarios.

Respecto a la expresión relación, se pueden aplicar los casos que señala el artículo 100 de la ley especialmente la letra c. Además de la definición genérica del artículo 165 la ley establece presunciones de acceso de información privilegiada respecto de las personas del artículo 166 de la ley 18045. En relación a esta información cabe señalar que existen tres deberes para aquellos que la conocen o presumen que la conocen, los que son: guardar estricta reserva, esto se traduce en la prohibición de comunicar dicha información a terceros o recomendar la adquisición o enajenación de los valores respectivos; no abusar de la posición, el insiders no puede utilizar información privilegiada en beneficio propio o ajeno; y el no realizar informaciones, que se ve reflejada en la prohibición de adquirir para sí o para terceros directa o indirectamente los valores sobre los cuales posee información privilegiada.

Para finalizar cabe señalar que estos deberes se extienden y afectan a las personas obligadas que tengan o hayan tenido acceso a la información privilegiada, aún cuando hayan cesado en el cargo respectivo.

- Tomas de Control

Una toma de control de una sociedad es una forma de inversión financiera que se obtiene o realiza poseyendo más del 50% del patrimonio de la sociedad controlada o participando mayoritariamente en la administración de la sociedad emisora. Esto se asemeja a la relación existente entre filiales y matriz. En las formas de control no necesariamente tiene que ser una sociedad anónima como controlador, en cambio en la matriz y filial de una sociedad anónima si es necesario.

El artículo 97 de la ley señala que es controlador de una sociedad toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguno de las siguientes actuaciones, a saber:

a) Asegurar la mayoría de los votos en junta de accionistas y elegir a la mayoría de los directores si la controlada es una sociedad anónima, o asegurar la mayoría de los votos en las asambleas y designar al administrador o representante legal, o a la mayoría de ellos si la controlada es una sociedad de personas.

b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad, en este sentido el artículo 99 de la ley establece que influye decisivamente en la administración la persona o tipo de personas que controla al menos el 25% del capital con derecho a voto o del capital si no se trata de una sociedad por acciones.

El artículo 98 por su parte define "acuerdo de actuación conjunta", como una convención entre dos o más personas que participan de la propiedad de una sociedad directa o indirectamente, mediante la cual se comprometen a participar con idéntico interés en la gestión de la sociedad u obtener el control de la misma.

Realice ejercicios nº 23 al 30