

DERECHO DE SOCIEDADES

Profesor Rafael Gómez Pinto

DERECHO DE SOCIEDADES

Reglamentación:

- **Código Civil**, Libro IV título XXVIII, artículos 2053 a 2115.
- **Código de Comercio**, Libro II título VII, artículos 348 a 511, regulando en dicho articulado:
 - **La sociedad colectiva mercantil**, párrafos 1º a 7º, arts. 349 a 423;
 - **Las sociedades por acción** incorporada al Código de Comercio por la Ley 20.190 en el nuevo párrafo 8º según los artículos 424 al 446;
 - **Las sociedad en comandita** en los párrafos 9º a 11º, según los artículos 470 a 506;
 - **La asociación o cuentas en participación**, según el párrafo 12º de los artículos 507 a 511.
- **Ley 3.918**, publicada en el Diario Oficial del 14 de Marzo de 1923 que regula **la Sociedad de Responsabilidad Limitada**.
- **Ley 18.046**, publicada en el Diario Oficial del 22 de Octubre de 1981), que regula las **Sociedades Anónimas** y que derogó las antiguas disposiciones del párrafo 8º del Código de Comercio de los artículos 424 a 469. Esta Ley, se complementa por el Decreto Supremo Nº587, publicado en el Diario Oficial del 13 de noviembre de 1982, que contiene el Reglamento de Sociedades Anónimas.
- **Leyes especiales**, aplicables en cada caso para ciertas **Sociedades Anónimas denominadas especiales**, como por ejemplo el DFL. 251 sobre Compañías de Seguros y el DFL. 252 Ley General de Bancos; art. 126 de la Ley 18.046 sobre las **sociedades securitizadoras, Ley de Fondos Mutuos, AFP, sociedades legales y contractuales mineras en el Código de Minería, sociedades de Profesionales, La Ley de Cooperativas** etc.

Concepto

El artículo 2053 del Código Civil, señala que **“La 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.”** y agrega que **“la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”**.

De esta manera, la sociedad entraña conforme el artículo 1438 del código civil **un acuerdo de voluntades cuyo efecto es crear obligaciones -por ser un contrato-, obligaciones de las que derivan derechos correlativos**. Estas obligaciones consisten básicamente en estipular el aporte de cuya explotación se pueda proyectar un provecho pecuniario para los contratantes.

Requisitos de las sociedades

Por ser un contrato, toda sociedad supone el concurso de requisitos inherentes a su celebración y así de consiguiente, para su existencia:

Requisitos de Existencia:

- 1) Voluntad de los contratantes;
- 2) Objeto, que es poner algo en común;
- 3) Causa, que es reportar de ese aporte un beneficio; y
- 4) Solemnidades.

Requisitos de validez:

- 1) Voluntad exenta de vicios;
- 2) Objeto lícito;
- 3) Causa lícita; y
- 4) Capacidad de los contratantes.

Además, como elementos específicos del contrato de sociedad se señalan:

- 1) La estipulación de un aporte por los socios
- 2) La participación en los beneficios sociales

3) El ánimo de formar la sociedad.

1. Voluntad de los contratantes

- a. Como todo contrato, **supone la intervención de dos o más partes, pudiendo cada parte ser una o muchas personas**; si no hubiesen dos o más partes, no habría acuerdo de voluntad. Así, por consiguiente, *no podría existir una sociedad en que una sola persona fuere dueña del negocio y otra(s) testafiero(s)*. En este caso, la voluntad real de los socios sería **constituir la sociedad en el solo interés de uno de ellos, contraviniendo la disposición del artículo 2055 del código civil, que requiere que la sociedad se constituya para beneficio o interés de todos los socios**. Como esta sociedad es artificial, posee una apariencia social, se encuentra expuesta a la acción de simulación, ya que jurídicamente encubre un acto bajo la apariencia de otro, como es el propósito de aportar un bien para integrarlo a un patrimonio distinto al del socio. La ley no tolera este acto cuando perjudica a terceros, o se hace con un fin ilícito.

A estas sociedades que tienen apariencia social, se les aplicarían las disposiciones 2057 y 2058 del código civil, siendo especialmente importante aquélla.

La formación de sociedades por testaferos o “palos blancos” son expresiones de procurar el desdoblamiento de la personalidad, de modo de aislar los distintos giros de la actividad que pueda emprender un sujeto y pueda así de esa forma limitar la responsabilidad a los bienes que adscribe a esos distintos fines. Se recurre a esos subterfugios porque *nuestro Derecho no admite que una persona pueda limitar su patrimonio en forma individual*; por consiguiente, como el fin perseguido no es el que la ley tolera, queda vedado en el Derecho Chileno pretender alcanzar dicho objetivo.

- b. De la misma manera *no podrá existir en nuestro sistema la denominada one man company o sociedades unipersonales*, conforme al artículo 2053 en relación con el 1444 al señalar que son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, circunstancia que se configuraría de no existir a lo menos dos personas.¹ Caso especial son las empresas individuales de responsabilidad limitada y las sociedades por acción.

En fin, **la reducción de la sociedad a un solo socio conlleva su disolución**. Por su parte, el código civil Italiano de 1942 dispuso una regla especial al respecto. Señala que la sociedad se disuelve cuando desaparece la pluralidad de socios, siempre que en el término de 6 meses no pueda ser reconstituida. Ello envuelve dos ideas:

- 1) La señal que en la legislación italiana no puede haber una sociedad con un solo socio
- 2) La fuerza irresistible del derecho de no hacer sucumbir la empresa; se tolera la posibilidad que no se produzca una disolución de pleno derecho siempre y cuando exista la posibilidad real de ser reconstituida.

¿Qué ocurre en el tiempo intermedio entre la reducción del número social hasta que pueda reconstituirse la sociedad? La solución que da es hacer responsable a ese socio de todas las obligaciones que individualmente la sociedad pueda contraer en esa etapa.

Existen otras legislaciones en que han dado una solución distinta a la expuesta, haciendo sin más subsistir con un solo socio a la sociedad, como por ejemplo la legislación anglosajona.

Naturaleza jurídica de las sociedades

- Teoría Clásica contractualista

¹ Existe actualmente en tramitación en el Congreso Nacional un proyecto de ley para la creación de sociedades unipersonales de responsabilidad limitada, proyecto que vendría a solucionar el problema práctico de la persona que busca formar un establecimiento de comercio y configurarlo como una persona jurídica, pero como debe hacerlo con dos o más personas, ellos pasarán a ser una especie de palo blanco del que quiere organizarlo.

Según **Tulio Ascarelli**, la sociedad tiene **la particularidad de ser un contrato**, contrato de carácter plurilateral. Ello dado a que **la sociedad se perfecciona por la concurrencia de tantas partes cuantas sean las distintas personas que intervengan en el contrato, todas las cuales asumen obligaciones y reportan derechos de su celebración.**

- **Teoría Unilateralista**

Por su parte, **Messineo** en su Tratado de Derecho Civil y Comercial dice que debiera **rechazarse la tesis contractual**, dado que en la sociedad ningún socio se encuentra frente a los otros obligados, sino que los intereses de cada socio convergen todos hacia un mismo fin coincidente, que es el beneficio que colectivamente todos se proponen obtener del contrato de sociedad. Por eso este autor elabora la concepción del acto colectivo, en términos tales que hay obligaciones idénticas, y que por lo mismo, no son obligaciones contrapuestas como son en los contratos bilaterales, que es la característica que tiene el contrato de sociedad, como por ejemplo el contrato de arrendamiento, de transporte, de seguro, donde un contratante asume una obligación para que el otro contratante contraiga otra diferente, obligaciones que se miran como equivalentes. La causa de la obligación de uno de los contratantes es la prestación que contrae el otro; en el acto colectivo no existe choque de intereses. Por ello **Messineo sostiene que la declaración de voluntad en la sociedad de tantas personas como socios lo sean, se reduce a una sola voluntad por ser todas ellas uniformes y coincidentes. Existe así una sola parte en el contrato de sociedad, constituida por dos o más sujetos y surge el acto como unilateral.**

- **La posición de la cátedra**, concuerda en que conforme el código civil **la sociedad surge mediante un contrato**, contrato que le impone a cada uno de los socios efectuar un aporte pecuniario. Pero la concepción del acto colectivo no brota de la constitución de la sociedad, sino que resulta indispensable para el funcionamiento de ella, dado que requiere de una voluntad que necesita ser expresada, precisando para ello que se puedan adoptar acuerdos para dirigir los negocios. Este es el alcance del inc.2º art. 2053 C.C. al señalar que la sociedad constituye una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

2. Consentimiento

Conforme al código civil (art. 1445 Nº2) para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario..., **2º que consienta en dicho acto o declaración...** Dicho consentimiento conforme a los

artículos 1443 y 1701 del código civil ha de constar de manera diferente, dependiendo del carácter consensual o solemne del contrato de sociedad, distinguiendo para ello entre los distintos tipos sociales.

Son sociedades consensuales:

1. Sociedad colectiva civil;
2. Sociedad en comandita civil.

Son sociedades solemnes

1. Sociedad colectiva mercantil,
2. Sociedad en comandita mercantil,
3. Sociedad de responsabilidad limitada;
4. Sociedades Anónimas
5. Sociedades por acción

¿Si falta solemnidad?

Si no se ciñe a las solemnidades que la ley establece en consideración a la naturaleza del acto o contrato, se establece como consecuencia **la Nulidad Absoluta**.

A su vez la sociedad que no cumple con las solemnidades legales **no vale respecto de los socios, pero sí respecto de terceros**; ello porque conforme el artículo 361 del código de comercio, los socios no pueden alegar la falta de una o más de las solemnidades contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad, pudiendo acreditarla por cualquiera de los medios probatorios que reconoce el código de comercio². Con la nulidad del contrato de sociedad, no pueden pretender los socios descargarse de las obligaciones que han contraído a nombre y en interés de la sociedad, porque si ellos pudieran oponer la excepción de nulidad como un modo de extinguir las obligaciones, significaría que en el fondo quedaría a merced de los socios constituir bien o mal la sociedad, pudiendo así prevalerse de su propio dolo.

3. Objeto de la sociedad

Conforme el código civil, el objeto de la sociedad lo constituiría el aporte, al expresar que se trata de un contrato en que dos o más personas **estipulan poner algo en común**.

4. Causa de la sociedad

La causa del contrato de sociedad estaría constituido por lo que el código denomina **la mira de repartir entre sí los beneficios que del poner algo en común deriven**.

5. Elementos específicos del contrato de sociedad

El artículo 2055 del código civil expresa que **no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, sea que esa cosa en común consista en dinero o efectos, ya en industria, servicio o trabajo pero**

² Este artículo 361, junto con el 515 y 618 del código de comercio, constituyen a su vez una excepción al principio general mercantil contenido en el artículo 128 del mismo código, relativo a la admisibilidad de la prueba de testigos en negocios mercantiles, principio que altera la regla civil de los artículos 1708 y 1709.

siempre que sea apreciable en dinero. Asimismo, tampoco hay sociedad sin participación en los beneficios, no entendiéndose como tal el que sea puramente moral, o lo que es lo mismo, no apreciable en dinero.

De esta disposición surgen tres ideas básicas:

- 1) La estipulación de un aporte por los socios es un elemento fundamental del contrato de sociedad;
- 2) La participación de los socios en los beneficios sociales; y
- 3) El ánimo de formar sociedad.

1. Aporte

- La sociedad **no es un contrato real**, dado que engendra una obligación que es poner algo en común. Esta obligación no se eleva al perfeccionamiento del contrato, como sería en los contratos reales como el mutuo por ejemplo, el cual se perfecciona con la entrega de cierta cantidad de cosas fungibles por el mutuante, engendrando la obligación al mutuario de restituirla. Si el mutuante se obligara a prestar el dinero, estaríamos en presencia de un contrato de promesa de mutuo. La sociedad **no es un contrato real**, porque basta pura y simplemente que se estipule la obligación de efectuar el aporte, sin que fuere preciso la entrega efectiva de la cosa para su formación.³ Esto no significa que si un socio incumple su obligación de efectuar un aporte, los demás socios no puedan constreñirlo a cumplir con ella. En efecto, el artículo 2101 del código civil, aplicando lo dispuesto en el artículo 1489 de ese cuerpo legal, señala que ante el incumplimiento a la promesa de poner en común las cosas o industrias a que se ha obligado en el contrato, los otros socios tendrán derecho a dar la sociedad por disuelta. De esa manera, si se opta por la resolución, el contrato de sociedad y ésta desaparecen. Ante ello el código de comercio hace operar una regla práctica en su artículo 379 que restringe el efecto de la condición resolutoria sólo al socio que no ha cumplido con su aporte. Pueden, por consiguiente, todos los socios excluir de la sociedad al socio renuente en pagar su aporte, sin que la sociedad se disuelva sino sólo para el incumplidor.
- **El aporte en las sociedades ha de ser pecuniario**, porque el fin y objetivo del contrato es producir beneficios económicos, de ganancia, no meramente morales. Así, siendo patrimonial, puede consistir en cualquier bien, sea corporal o incorporeal, mueble o inmueble.

Qué objetos son aportes

El artículo 376 del código de comercio describe en las sociedades colectivas *-molde básico para todas las sociedades de personas-* **qué cosas pueden ser objeto del aporte**: el dinero, los créditos, los bienes muebles e inmuebles, las mercedes, los privilegios de invención, el trabajo manual, la mera industria, **y en general, toda cosa comerciable capaz de prestar alguna utilidad.**

La cosa es un concepto neutro para el derecho. Ella pasa a tener interés jurídico cuando configura un bien. Así esta norma debió haber sido mucho más simple, diciendo que todo **bien o cosa comerciable capaz de prestar utilidad es susceptible de ser materia de aporte.**

A su vez, **el aporte puede efectuarse a diversos títulos**; el código civil (art. 2082) distingue entre el aporte al fondo social:

- En propiedad, y
- En usufructo.

³ En las sociedades anónimas existe una regla especial, pues en éstas sociedades para cumplir con el objeto de preservar el capital social, ha de estar suscrito y pagado al tiempo de su constitución, un tercio del capital inicial de la sociedad (art. 11 inc.2º L. 18046).

La primera diferencia que hay entre estos aportes surge en los efectos de la pérdida de la cosa. Porque si es en propiedad y perece la cosa, la pérdida la sufre la sociedad; mientras si es aportada en usufructo, perece para el nudo propietario, pereciendo además el usufructo para la sociedad.

Otra diferencia aparece en el evento de disolución de la sociedad, porque si el aporte se ha dado en usufructo, al disolverse la sociedad termina el usufructo y la cosa en especie se le restituye al nudo propietario; mientras que si es dado en propiedad, la sociedad queda exenta de la obligación de restituirla en especie, configurándose en dicha oportunidad un cuasicontrato de comunidad y una vez que haya finalizado la liquidación de ésta⁴, el remanente en la sociedad colectiva civil se entrega a los socios a título declarativo, dado que no subsiste la personalidad jurídica de ésta. En cambio, en la sociedad colectiva mercantil, al subsistir la personalidad jurídica luego de su liquidación, la transferencia del remanente a los socios se hace a título traslativo de dominio.

- Finalmente el aporte **debe ser a título singular**, no pudiendo por consiguiente aportarse todo el patrimonio de una persona, porque es un atributo de la personalidad. Esta idea, que a propósito de la sociedad señala el artículo 2056 del código civil, se repite a propósito de la compraventa (art. 1811 C.C) y de la donación (art.1407 C.C.), dado que el patrimonio según la concepción clásica de Andrés Bello ha de tener un carácter de estar íntima e indisolublemente vinculado con la persona⁵.

2. Participación de beneficios

Según el art. 2055 **no hay sociedad sin participación en los beneficios**, y no se entiende por beneficio el puramente moral.

- **Todos los beneficios de la sociedad han de ser de carácter pecuniario**, es decir, apreciables en dinero y no puramente morales, filantrópicos, ideales o altruistas. Esos objetivos están reservados para las corporaciones sin fines de lucro.
- Ha de entenderse que **la participación de beneficios ha de serlo por todos los socios**, pues si uno o más de ellos dejaren de concurrir a los beneficios, la sociedad se desvirtúa y se transforma en un acto de mera liberalidad, lo que contradice el sentido del contrato de sociedad.
- **La participación, a falta de estipulación expresa, debe ser a prorrata de los aportes**, o lo que es lo mismo, a prorrata del interés social, porque el interés social se mide en función del aporte. Esta regla se establece en el art. 2068 del código civil. De ella se desprende que el código civil dejó entregada a la autonomía de la voluntad la decisión sobre la forma de repartir los beneficios, forma que si nada se expresa, será en función del aporte.

La ley se refiere a la participación del socio que aporta capital y al que aporta trabajo, tanto en el código civil (art. 2069) como en el código de comercio (art. 383):

- o Art. 2069 del cc.- "Si uno de los socios contribuyere solamente con su industria, servicio o trabajo, y no hubiere estipulación que determine su cuota en los beneficios sociales, se fijará esta cuota en caso necesario por el juez..."

⁴ La liquidación de un bien por parte de un liquidador, se encuentra constituida por diversas etapas: 1) determinación del activo, (incluyendo inventario de los bienes y su tasación); 2) la determinación del pasivo; 3) realización de los bienes y pago del pasivo (teniendo preferencia las deudas sociales con terceros, y el remanente es de los socios).

⁵ Sin perjuicio de ello, pueden ser aportados todos los bienes que componen el patrimonio de una persona siempre y cuando sean individualizados, inventariados. En este caso el aporte se hará no respecto de una universalidad jurídica, sino de cuerpos ciertos.

- Art. 383 del c. de c.- “En cuanto a las ganancias...correspondientes al socio industrial, se estará a lo que se hubiere 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 módico...”

Así conforme al Código Civil el socio que aporta trabajo, si no estipula participación en las ganancias, ésta será fijada por el juez. El código de comercio modifica esta regla, señalando que a falta de estipulación en el contrato social, el socio industrial recibirá la misma cantidad que le corresponda al aporte más módico.

Se produciría así un problema si el socio que aporta el trabajo es el que aporta la inventiva del negocio y la creatividad, pues la regla mercantil constituiría un verdadero castigo al fijar su participación en las ganancias según el aporte más bajo de los socios capitalistas. Absurdo además resulta señalar que no soporta parte alguna de las pérdidas como lo hace el art. 383, porque en el fondo está perdiendo el propio trabajo.

El artículo 2070 del código civil señala cuándo ha de efectuarse la distribución de los beneficios, disponiendo que éstos han de serlo en relación con el resultado definitivo de las operaciones sociales, y no respecto de la gestión de cada socio o de cada negocio en particular.

- En consecuencia, ***en las sociedades se produce el fenómeno que los socios no pueden reputarse acreedores de la sociedad, sino que hasta cuando no se llegue al resultado final de las operaciones***, esto es, hasta cuando se disuelva y liquide la sociedad. De esa manera, los socios tienen, mientras no se llegue al resultado final de las operaciones, una mera relación creditoria con la sociedad.⁶

Es por esta circunstancia que el artículo 352 del código de comercio, que se refiere a las menciones que deberá expresar la escritura social, en su número 8º señala como una de ellas *la designación de la cantidad que puede tomar anualmente cada socio para sus gastos particulares*, en virtud de esta relación creditoria. Estas cantidades serán distribuidas como anticipos o dineros a cuenta del resultado final de las operaciones sociales.

A la misma razón responde la norma contenida en el artículo 404 Nº1 del código de comercio, que *prohíbe a los socios en particular extraer del fondo común mayor cantidad que la asignada para sus gastos particulares*, pudiendo los consocios del transgresor optar por obligarlo al reintegro del exceso, o extraer una cantidad proporcional al interés que cada uno de ellos tenga en la masa social.

Por último, manifestación de esta mera relación creditoria que existe entre los socios y la sociedad es el artículo 47 de la Ley de Quiebras, ley Nº 18175 , publicada en el Diario Oficial del 28 de Octubre de 1982, que al analizar los sujetos activos de la quiebra, es decir quiénes pueden solicitar la declaración de quiebra, dispone una regla expresa respecto del socio comanditario -que es en términos generales en la sociedad en comandita una o más personas que prometen llevar a la caja social un determinado aporte (art. 470 c. de c.)- que no podrá en su calidad de socio, demandar la quiebra de la sociedad a que pertenece; pero si por otra parte resulta ser acreedor particular de la sociedad, puede provocar dicha declaración.

En cambio en las sociedades de capital, como es por excelencia la sociedad anónima, no se produce esta relación creditoria, ya que la sociedad anónima está obligada a practicar todos los años balances respecto del ejercicio financiero, y si el balance arroja o determina la existencia de utilidades líquidas, a lo menos el 30% de esas utilidades deberán repartirse en dinero, como dividendo entre los accionistas⁷.

⁶ Cabe destacar al respecto la mutación del derecho del socio respecto de la cosa aportada en propiedad, pasando de un derecho real de dominio a un derecho personal o crédito que tendrá respecto de la sociedad una vez que se determine el resultado final de las operaciones sociales.

⁷ Tan acreedor resulta el socio en este tipo de sociedades respecto de los dividendos que deben repartirse, que se ha configurado inclusive, para efectos de exigir el cumplimiento forzado, como título ejecutivo perfecto a la copia certificada del acta de la junta ordinaria de accionistas o del acuerdo del directorio en que se haya acordado el pago de dividendos, más los títulos de las acciones (art. 83 L. 18046 en relación con el artículo 434 del código de procedimiento civil).

No podríamos considerar como requisitos del contrato de sociedad la participación en las pérdidas, porque las partes ponen algo en común para generar ganancias. La sociedad no se constituye para producir pérdidas, que si de hecho se producen constituyen un efecto consecuencial a la situación financiera de la sociedad, pero no el propósito que induce a la celebración del contrato social.

Finalmente, conforme al artículo 2086 del código civil, si a un socio industrial se le garantiza una cantidad fija como consecuencia de prestar un trabajo o un servicio aunque existan pérdidas, ello constituirá un sueldo o retribución, y no tendrá esa persona la calidad de socio aunque así se le denomine.

3. Afectio societatis (ánimo de formar sociedad)

Está constituida por **la intención de celebrar el contrato de sociedad y no otro distinto.**

Existe una serie de contratos que presentan ciertas similitudes con el contrato de sociedad; así por ejemplo:

- **Asociación o cuentas en participación.** El mismo artículo 438 del código de comercio lo da a entender cuando dice que la ley reconoce tres especies de sociedades, y reconoce además a la asociación o cuentas en participación, dando a entender que existe una identidad entre ambas.

- **Contrato de trabajo,** en que se pacta con el empleador participación en las utilidades.

- **El mandato,** en que se le confía al mandatario la gestión de negocios y se le retribuye con cargo a los frutos que rinda la administración encargada.

Todo ello ha llevado a los autores a desarrollar la tesis de que la afectio societatis es un elemento del contrato de sociedad.

Ripert admite que esa voluntad es un elemento propio de todo contrato, debiendo en ellos estarse a la intención de las partes contratantes. Esto mismo queda ratificado en nuestro ordenamiento a la luz del artículo 1560 del código civil, regla básica de interpretación de contratos.

La afectio societatis aparece así como el intento o propósito de llegar a dilucidar cuál fue la intención que llevó a las partes a celebrar un contrato determinado, ya sea de sociedad, mandato, trabajo, etc.

El propio artículo 1453 del código civil refiriéndose el error de hecho, señala que hay error esencial cuando recae sobre la especie del acto o contrato de que se trata, evitando así la formación del consentimiento, al no haber una convergencia de voluntades en torno a uno u otro contrato.

El elemento de la afectio societatis tiene *importancia en el campo de las sociedades de personas colectivas civiles, que son consensuales.* En las demás sociedades se tendrá que reflejar a través de las solemnidades que perfeccionan el contrato de sociedad.

Personificación de la sociedad

Otro aspecto de interés lo constituye la norma inciso 2º del artículo 2053 por la cual la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Este principio es relativamente moderno, porque ni en el Derecho Romano ni en el francés se le reconoció personificación a la sociedad.

Esta idea de la personificación es fecunda en consecuencias jurídicas:

1) El principal significado e importancia tiene que ver con la separación de patrimonios entre socio y sociedad. Si la sociedad no fuese una persona jurídica sería una comunidad, como ocurre en la asociación o cuentas en participación, que le faltó precisamente la personificación que sí posee la sociedad. ¿Qué es lo que ocurriría si la sociedad no fuera una persona jurídica en lo que mira a su patrimonio?

a) Sería una comunidad y ocurriría, de consiguiente, que los acreedores de cada socio concurrirían simultáneamente con los acreedores de la sociedad para pagarse sus créditos con los bienes sociales.

b) Los acreedores personales de cada socio podrían embargar los aportes que éste ha efectuado a la sociedad y por la vía de la adjudicación a consecuencia de la realización del bien embargado, se incorporaría un extraño a la sociedad.

2) Además del patrimonio, la sociedad posee el resto de los elementos de las personas jurídicas como son: el nombre, domicilio, nacionalidad, y un conjunto de derechos y obligaciones.

El ejemplo que podemos analizar es el de tres socios que adquieren en conjunto un bien raíz en virtud de un contrato de compraventa y lo aportan a la sociedad. Ellos son dueños del todo a prorrata de sus cuotas, pero en la cosa común tienen un derecho colectivo, donde cada uno tiene un derecho individual. Sobre cada cuota, cada socio puede hipotecarla, enajenarla, cederla, edificarla, etc., teniendo la libre disposición sobre su cuota; pero respecto de la cosa en común tienen un derecho colectivo que es compartido, al aportar el bien raíz a la sociedad.

Los socios pasan a tener un derecho personal o de crédito de carácter mueble (ya que recae sobre los frutos, utilidades o beneficios del bien aportado), sustituyendo así su derecho de propiedad o dominio, de carácter real e inmueble.

Este es un fenómeno del siglo XX: las personas se transforman de propietarios en acreedores; mudan su propiedad por un derecho personal.

Diferencias entre sociedad y comunidad

1º La sociedad es un contrato; la comunidad un cuasicontrato.

2º La sociedad es a título singular; la comunidad puede ser a título singular y/o universal.

3º La naturaleza jurídica; la sociedad es una persona jurídica. La comunidad no.

4º La duración de las sociedades anónimas es indefinida, a menos que se estipule un plazo. Las sociedades de persona si no tienen plazo duran la vida de uno de los socios o la consecución del negocio social. En cambio la indivisión no puede pactarse por más de 5 años y si no existe tal, podrá pedirse la partición en cualquier momento (1317 del c.c.).

5º Los acuerdos en la sociedad se dirimen por la mayoría (art. 2054 c.c.); en el cuasicontrato de comunidad por la unanimidad, siendo la manera práctica de salvar ello la designación de un administrador proindiviso (arts. 2305 y 2081 del c.c. en relación con el art. 253 del c.p.c.).

6º El objeto u objetivo social es reportar beneficios (es un fin activo); en la comunidad es un estado conservativo, buscando como fin práctico el producir la partición.

7º En cuanto a la cesión de derechos, el artículo 404 del código de comercio a propósito de las sociedades de personas, señala que los socios no pueden ceder sus derechos sino solo cuando cuenten con la unanimidad de los demás socios. En las Sociedades Anónimas, como estos derechos están representados por un título, pueden cederse libremente. En la comunidad cada comunero puede ceder su derecho, transfiriendo así el dominio sobre su cuota, pero no puede ceder la cosa común al existir un derecho compartido.

8º Las deudas sociales, se afrontan según como sea la participación de los socios en las utilidades: a prorrata si es civil, pero si es una sociedad colectiva comercial, para proteger a terceros, se estableció la solidaridad. Esto resulta inconsecuente, pues si se le dio personalidad jurídica a la sociedad, fue para que ella no respondiera por las deudas de cada socio, y de la misma manera ellos no debieran responder de las deudas sociales. En el cuasicontrato de comunidad, cuando se contrae una deuda se responde según el artículo 2307 del código civil,

- a) El que la contrajo responde por ella,
- b) Si contrajo la deuda en pro de la comunidad, el comunero que la contrajo debe responder, pero puede repetir en contra de la comunidad, y
- c) Si ha sido contraída por los comuneros colectivamente, son obligados por partes iguales.

Características del contrato de sociedad

Como contrato, la sociedad presenta las siguientes características:

- 1) Es un **contrato bilateral**, ya que impone obligaciones a todos los que intervienen en él.
- 2) Es **oneroso**, pues reporta utilidad para todas las partes contratantes.
- 3) Es **conmutativo**, porque las prestaciones de las partes contratantes se miden como equivalentes.

- 4) En el caso de la sociedad colectiva civil y en comandita civil, es consensual pues para perfeccionarse no requiere solemnidad alguna, ni siquiera la entrega del aporte efectivo, bastando solo la obligación a aportar; en las sociedades comerciales y la sociedad de responsabilidad limitada, son solemnes.
- 5) Es un contrato **generalmente intuitu persona**, en el caso de las sociedades de personas; en las sociedades de capital dicha circunstancia no resulta trascendente.

Clasificación de las sociedades

Existen diversas clasificaciones de las sociedades, entre las que destacan:

I. Atendiendo a si se aportan bienes determinados o una universalidad, Sociedades a título universal y a título singular.

El artículo 2056 del código civil prohíbe toda sociedad a título universal. No permite que una persona aporte la totalidad del patrimonio de una sociedad. No obstante, y de acuerdo con el inciso final de este artículo, pueden aportarse a la sociedad todos los bienes de una persona, especificándolos.

II. Atendiendo al objeto social

Sociedades civiles y comerciales.

Conforme el artículo 2059 del código civil, la sociedad puede ser civil o comercial. Son comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles. Así si en la escritura social se incluye dentro del objeto a lo menos un negocio que conforme al artículo 3º del código de comercio resulte ser acto de comercio, la sociedad será mercantil, aunque se dedique en la práctica a la realización habitual de otros actos no comerciales.

En el caso de las sociedades anónimas no es necesario atender al giro social para determinar su naturaleza, pues conforme al artículo 1 inciso 2º de la ley 18046, **la sociedad anónima es siempre mercantil**, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil. Es decir, todas las sociedades anónimas serán mercantiles.

La importancia de la distinción resulta trascendental, toda vez que serán distintos los requisitos de constitución, de responsabilidad de los socios, de liquidación de la sociedad, los plazos de prescripción y la legislación de fondo aplicable, pues a las sociedades civiles se les aplica íntegra y directamente el código civil; pero en las sociedades comerciales se aplica el código de comercio y supletoriamente el código civil.

Sin perjuicio de lo señalado, de acuerdo a la disposición 2060 del código civil, podrá estipularse que la sociedad que se contrate, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de la sociedad comercial.

III. Atendiendo a si lo trascendental resulta ser la persona del socio o el capital por él aportado Existen sociedades de personas y de capitales.

En las sociedades de personas el elemento preponderante resulta ser la persona del socio y sus condiciones individuales, de manera tal que la muerte de uno de ellos, su quiebra, incapacidad o insolvencia, produce la disolución de la sociedad (arts. 2103 y 2106 del c.c.), siendo los socios responsables a su vez ilimitadamente por las deudas sociales, ya sea a prorrata o

solidariamente. Por el contrario, en las sociedades de capitales lo preponderante es el patrimonio formado por la reunión de un fondo común suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes. Dicho capital social se divide en acciones que resultan estar protegidas por el principio de la libre cesibilidad.

Por esa misma consideración de la persona, la razón social en las sociedades de personas, ha de estar constituida por el nombre de todos o algunos de los socios más las palabras y *compañía*, situación que en las sociedades de capital no es necesario expresar. Por último tan importante resulta la consideración de la persona en el primer grupo social, que la administración de ella se radica en los socios, quienes pueden actuar de consuno o nombrar un administrador común; en cambio en las sociedades anónimas, típica sociedad de capital, la administración de la sociedad se entrega a un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.

Ejemplo típico de sociedad de personas es la sociedad colectiva; y de sociedad de capitales es la sociedad anónima. La sociedad en comandita correspondería a un tipo mixto: de personas, respecto de los socios gestores, y de capital, respecto de los comanditarios.

La sociedad de responsabilidad limitada se ha sostenido que es aparentemente mixta, ya que en cuanto a su administración sería sociedad de personas, y en cuanto a la responsabilidad frente a terceros, sería sociedad de capital. Pero como a la sociedad de responsabilidad limitada se le aplican en lo no previsto por la ley o la escritura social las normas de las sociedades colectivas (art. 4 inciso 2º ley 3918), sólo se trataría de una sociedad de personas.

IV. Sociedades Colectivas

En comanditas

Anónimas

De Responsabilidad Limitada

Por acción

Esta clasificación, la más trascendental de todas, brota de lo dispuesto en los artículos 2061 del Código Civil y 348 del Código de Comercio. Según ellas las sociedades sean civiles o comerciales pueden ser colectivas, en comanditas o anónimas. El legislador omitió la de responsabilidad limitada, pues a la fecha de dictación del código (1865) no existía, creándose por una ley especial del año 1923 a iniciativa del entonces Senador de la República don Luis Claro Solar.

Características generales de los distintos tipos sociales

Se pueden analizar las características de estas distintas sociedades, desde cinco puntos de vista principales:

- 1) Nombre o razón social;
- 2) Administración;
- 3) Responsabilidad de los socios

- 4) Cesibilidad de los derechos sociales, y
- 5) Forma de constitución.

Definición

1) Sociedad Colectiva:

La define 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.**

Sin embargo dicho concepto olvida señalar las característica más diferenciadora de la sociedad colectiva, cual es la de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, debiendo, por consiguiente complementar dicho concepto con lo señalado en los artículos 2095 del código civil y 370 del código de comercio, que hacen responsables ilimitadamente y a prorrata de sus aportes a los socios de una sociedad colectiva civil, e ilimitada y solidariamente responsables a los socios de una sociedad colectiva mercantil.

2) Sociedad en comandita

El código civil la definió como **aquella en que uno o más de los socios se obligan solamente hasta la concurrencia de sus aportes** (artículo 2061 inciso 3º). Sin embargo, esta definición no resulta en lo absoluto descriptiva de los rasgos diferenciadores de las sociedades en comandita, haciéndolo exclusivamente desde el punto de vista de la responsabilidad de uno de los tipos de socios que en ella existen (socios comanditarios).

Dichos caracteres sí han sido claramente expuestos por el código de comercio, el cual en su artículo 470 la define como la que se celebra entre uno o más personas que prometen llevar a la caja social un determinado aporte (a los que denomina socios comanditarios), y una o más personas que se obligan a administrar exclusivamente la sociedad por sí o sus delegados y en su nombre particular (llamados socios gestores).

Respecto de los socios comanditarios, la responsabilidad se limita al monto de sus aportes (artículo 480 del código de comercio, cuya referencia ha de entenderse a la ley 18046 de sociedades anónimas) a menos que permitan la inserción de su nombre en la razón social, o tomen parte de la administración de la sociedad, caso en el cual se hacen responsables de la misma manera que los socios en la sociedad colectiva, sea civil o mercantil (artículo 2062 del código civil y artículo 477 y 483 a 485 del código de comercio). Respecto de los socios gestores, responden de la misma manera que los socios en la sociedad colectiva, es decir, ilimitada y a prorrata de los aportes si es civil, e ilimitada y solidariamente responsables si es mercantil (artículo 483 del código de comercio).

3) Sociedad Anónima

El **artículo 2061 inciso final del código civil** y el **1º de la ley 18.046** la definen como **aquella 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.**

Los rasgos característicos de la definición están dados por:

- a) La persona jurídica que toda sociedad entraña (2053 inciso 2º del código civil);
- b) La reunión de un fondo común, denominado capital social, creado por los distintos aportes que efectúan los socios y que a su vez se encuentra dividido en acciones (artículo 11 ley 18046);
- c) La responsabilidad de los accionistas, que se limita a su interés social, expresado en el número de acciones de que es titular; y
- d) La separación entre la propiedad de las cuotas representativas del capital social y la administración, al radicar esta última de manera directa en un directorio nombrado por los accionistas en junta ordinaria⁸ (artículo 56 N°3 de la ley 18046) y que posee el carácter de ser esencialmente revocable.

4) Sociedad de Responsabilidad Limitada

La ley 3918 omitió definir las; sin embargo, resumiendo sus elementos más característicos, podemos definirla como **aquella sociedad en que la responsabilidad de los socios (que no pueden exceder en número de cincuenta), se encuentra limitada al monto de sus aportes o la suma que se indique en los estatutos sociales, siempre que sea superior a éste, y que se designa por el nombre de uno o más de los socios o una referencia al objeto social, más la palabra limitada, sin la cual todos los socios serán solidariamente responsables de las obligaciones sociales.**

Razón social

La razón social es a la sociedad lo que el nombre a la persona natural. La conformación de la razón social dependerá del tipo social de que se trate.

1) Sociedad Colectiva

⁸ Según el artículo 55 de la ley 18046 los accionistas se reunirán en juntas de accionistas, que pueden ser ordinarias o extraordinarias, siendo las primeras de realización periódica (una vez al año, cuando lo fijen los estatutos) para decidir materias señaladas en el artículo 56, y las segundas que pueden realizarse en cualquier tiempo, cuando lo exijan las necesidades sociales, la ley o el estatuto, respecto de materias señaladas en el artículo 57.

Según el artículo 365 del código de comercio, **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.**

Esta enunciación del nombre de todos los socios más las palabras y compañía puede inducir a error y problemas prácticos, toda vez que no existiría una “compañía” real en términos de más socios, y supuesto que una sociedad que tiene más socios es mayor garantía de pago de las deudas sociales por el efecto de la solidaridad que existe entre ellos, induciría a la creencia errada de haber más personas y patrimonios sobre los que hacer efectivas las deudas de la sociedad.

2) Sociedad en comandita

En las sociedades en comandita **la razón social se forma necesariamente por el nombre del socio gestor si fuere uno solo, o de uno o más de los gestores si fueren muchos más las palabras “y compañía”.** El nombre de un socio comanditario no puede ser incluido en la razón social. Si de hecho tolera su inserción, el respectivo socio pasa a tener la misma responsabilidad que el socio gestor (artículo 477 del código de comercio).

3) Sociedad de Responsabilidad Limitada

La razón social de las sociedades de responsabilidad limitada, conforme el artículo 4 de la ley 3.918, podrá contener:

- a) El nombre de todos los socios más la palabra *limitada*;
- b) El nombre de alguno de los socios más las palabras “y compañía limitada”; o
- c) Una referencia al objeto social más la palabra *limitada*.

Se da esta triple elección dado que es una sociedad que se encuentra en tránsito de pasar de una sociedad de personas a una de capital.

Si de hecho no se incluye la palabra limitada, todos los socios serán solidariamente responsables de las obligaciones sociales.

Lo que la ley no permite al respecto, es utilizar un nombre de fantasía, sino que debe existir una verdadera referencia al objeto social, siendo suficiente referencia a dicho objeto, el señalar que desarrolla la actividad comercial.

4) Sociedad Anónima

En las sociedades anónimas, más que hablar de razón social o nombre, se habla de **denominación social.** Ella puede **formarse de la más amplia manera, ya sea con el nombre de una persona natural o jurídica, o una referencia al objeto social, o un nombre de fantasía. Lo que realmente la distingue es la inclusión de las palabras “Sociedad Anónima” o la abreviatura “S.A.”.**

Antes era rigurosamente necesario hacer una referencia al objeto, pero a raíz de la modificación de la ley 18.046, hoy las sociedades anónimas pueden tener más de un objeto, con tal que se especifiquen. Así no podía constreñirse a una referencia a un objeto que puede ser múltiple.

Sin perjuicio de ello, existen excepciones contempladas en las denominadas sociedades anónimas especiales, que requieren una autorización de existencia y su objeto social debe ser único. Como fueron autorizados para perseguir ese objeto social y no otro, en este tipo de sociedades se incluye el objeto en la denominación, por ejemplo Bancos Comerciales, AFP's, Compañías de Seguros, Bolsas de Valores, etc.

Administración

1) Sociedad colectiva.

En las sociedades colectivas, ya sean civiles o mercantiles, **la administración corresponde a todos los socios**, ya sea que la ejerzan por sí mismos o por un administrador designado por los socios, que puede ser un tercero extraño o un socio (artículos 2071 a 2081 del código civil y 384 a 403 del código de comercio).

2) Sociedad en comandita.

La administración **recae de pleno derecho en los socios gestores**. A los socios comanditarios les está prohibido tomar parte alguna en la administración, incluso en calidad de mandatarios de los socios gestores, respondiendo, en el evento de hacerlo, de la misma forma que lo hacen los socios gestores (artículo 2062 del código civil, y artículos 484 y 485 del código de comercio).

3) Sociedad de responsabilidad limitada.

Se aplica la misma **norma relativa a las sociedades colectivas** (artículo 4 inciso 2º ley 3918).

4) Sociedad anónima.

La administración de las sociedades anónimas, conforme lo señala el artículo 1º de la ley 18046, **recae en un directorio**, compuesto de mandatarios temporales y esencialmente revocables, (cuales son los directores), residiendo la autoridad para acordar su revocación o nombramiento en la junta general de accionistas, reunidos en junta ordinaria (artículo 56 N°3 de la ley 18046).

Responsabilidad de los socios.

La responsabilidad de los socios depende del tipo de sociedad de que se trate.

1) Sociedad colectiva.

La responsabilidad de los socios en una sociedad colectiva **es ilimitada**, cabe decir, **responden personalmente con su patrimonio de todas las deudas sociales**. Sin embargo, en cuanto a la forma en que concurren al pago de éstas deudas, se distingue entre sociedades colectivas civiles y mercantiles.

a) En la sociedad colectiva civil, la *responsabilidad de los socios es ilimitada y se mide a prorrata de sus aportes, o lo que es lo mismo, a prorrata de su interés social.*

Ejemplo de ello es una sociedad con 2 socios, donde uno tiene el 70% y el otro un 30% de la participación social. Si las obligaciones que ha contraído la sociedad no se pueden cubrir con el patrimonio social, habrán de responder los socios por ella. Estos socios, por la parte insoluble de las obligaciones que la sociedad válidamente contrae con terceros, responderán de acuerdo al porcentaje de interés que tengan en la sociedad.

Por consiguiente, se trata de una obligación simplemente conjunta entre los socios, regulada por lo dispuesto en el artículo 1511 inciso 1º del código civil.

b) En la sociedad colectiva mercantil, los socios *responden ilimitada y solidariamente.* Así lo dispone el artículo 370 del código de comercio en relación con el 1511 inciso 2º y siguientes del código civil. A pesar de formar la sociedad una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, y consecuentemente tener un patrimonio independiente de sus socios, éstos responden por la sociedad, pero la sociedad no responde por los socios.

La diferencia que existe entre la responsabilidad por una obligación solidaria y la simplemente conjunta según el artículo 1511 del código civil, radica en que en la primera, la prestación puede exigirla el acreedor a todos o cada uno de los deudores que se encuentran por disposición de la ley, el testamento o la convención en la obligación jurídica de pagar el total de la deuda; pero en la simplemente conjunta, el acreedor sólo puede exigir la parte o cuota que le corresponda del crédito a cada uno de los deudores.

Conforme al artículo 370 del código de comercio, *los socios colectivos indicados en la escritura social, son responsables solidariamente de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social, no pudiendo en ningún caso derogar por pacto la solidaridad.*

Para que tenga aplicación esta norma y sean los socios solidariamente responsables, es necesario que las obligaciones sean legalmente contraídas bajo la razón social. Son obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social, aquellas que reúnen tres requisitos copulativos, a saber:

- i) Representación social: Que las personas que actúan por la sociedad, tengan la facultad para representarla.
- ii) Contemplatio Domini: Es decir, que sean contraídas bajo la razón social. Esto significa que esas personas con facultad para representar a la sociedad le indiquen a aquel con quien contratan que actúan por la sociedad, cabe decir, en representación de ésta. Ello porque de otra forma, se entendería que están actuando a nombre personal.
- iii) Que la obligación le concierna a la sociedad: Esto es, que se trate de obligaciones que de acuerdo a su objeto la sociedad pueda contraer.

El código de comercio en forma pedagógica explica lo que se entiende por obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social y estos 3 requisitos en los artículos 371 a 374.

La ley señala que los socios son solidariamente responsables conforme el artículo 370, pero surge la siguiente pregunta: ¿Los socios colectivos, son solidariamente responsables con la sociedad, o entre los socios solamente?

Ello porque si la sociedad contrae legalmente un débito y los socios fueren solidariamente responsables con la sociedad, el acreedor puede demandar a la sociedad y/o a todos y a cada uno de los socios colectivos por el total de la deuda. En cambio, si los socios son responsables de las deudas sociales subsidiariamente a la sociedad, sólo podrían ser demandados cuando la sociedad no es apta para

solventar las deudas sociales, pudiendo en caso contrario, cuando sí sea apta, oponer el beneficio de excusión si le demanda primero que a la sociedad.

La cátedra se inclina por creer que el legislador estableció que los socios responden en forma subsidiaria de la sociedad, pero solidaria entre sí.

Dado que la sociedad constituye una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, siendo por consiguiente ésta persona jurídica la que deba responder con su patrimonio en primer término. Si no lo hace, deja abierta la opción que el acreedor se dirija contra los socios, al tener ellos que responder por las deudas sociales.

La regla general en el resto de las sociedades es que los socios no responden por la sociedad, ya que ellos se obligan a efectuar un aporte determinado, aporte que una vez pagado, pasa a ser la sociedad su titular, destruyéndose jurídicamente para el socio. En consecuencia, para hacer a los socios responsables por las deudas sociales, debiera pactarse expresamente la solidaridad con la sociedad, a menos que en el pacto social se contenga una declaración que los socios responden por una suma superior a la de sus aportes.

2) Sociedad en comandita

En la sociedad en comandita la responsabilidad del socio es distinta si se trata de un socio gestor o uno comanditario (artículo 483 del código de comercio).

a) Los socios gestores responden en los mismos términos que los socios colectivos. Por ello responden ilimitadamente por las deudas sociales, y lo harán a prorrata del interés social si es en comandita civil, o solidariamente si es mercantil.

b) Los socios comanditarios responden hasta la concurrencia de sus aportes. Por regla general no responden de los débitos contraídos por la sociedad, salvo que contravengan la prohibición de inmiscuirse en la administración de la sociedad, o toleren la inserción de su nombre en la razón social, contenidas ambas excepciones en los artículos 484, 485 y 477 del código de comercio, y 2062 del código civil.

3) Sociedad de responsabilidad limitada:

La responsabilidad personal de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada **se limita al monto de su aporte**. Son por consiguiente, sólo responsables de efectuar el aporte estipulado, que pasa en propiedad al patrimonio social, salvo que se indique que dichos socios responderán por una suma superior al aporte y que se señala expresamente en la escritura social (artículo 2º ley 3918).

4) Sociedad Anónima

Conforme lo señala la propia definición de este tipo social, la sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, **suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus aportes** (artículo 1º ley 18046).

Como ocurre en los últimos casos señalados, el accionista no responde de sus obligaciones sociales, pues su única obligación es pagar el aporte estipulado (artículos 19, 11 y 22 ley 18.046)

Al hablar de cesibilidad de los derechos sociales, nos referimos a **la mayor o menor libertad que tienen los socios de transferir su derecho real de dominio sobre la parte o cuota que le corresponde en la sociedad, llamada en términos generales derechos sociales, en razón de una venta, donación u otro título traslativo de dominio.**

Para efectos de su análisis debemos distinguir entre los diversos tipos sociales.

1) Sociedades colectivas:

Los socios colectivos no pueden ceder sus derechos en la sociedad. Existe una prohibición expresa que se explica al ser la sociedad colectiva una sociedad de personas, que se forma por consiguiente, en consideración al socio. Con ello se busca evitar que mediante el arbitrio de la cesión de derechos, se introduzca un extraño a la sociedad.

El artículo 404 N°3 señala dentro de las prohibiciones de los socios en las sociedades colectivas el *ceder a cualquier título su interés en la sociedad, y hacerse sustituir en el desempeño de las funciones que le correspondan en la administración social*. La cesión o sustitución sin previa autorización de todos los socios es nula. Esta parte final de la disposición no hace sino corroborar lo señalado en los artículos 10, 1466 y 1682 del código civil en cuanto a la sanción a la ejecución o celebración de un acto o contrato prohibido por la ley, que resulta nulo absolutamente por el vicio de ilicitud del objeto.

La única forma de efectuar la cesión de los derechos sociales, consiste en obtener la autorización previa de todos los demás socios. Para que un socio deje de serlo y pase a su vez una persona distinta a subrogarlo en su posición de socio, se requeriría una reforma a los estatutos sociales, reforma que conllevaría la estipulación y formación de una nueva sociedad distinta a la anterior.

2) Sociedades en comandita

A fin de analizar la cesibilidad de los derechos sociales en la sociedad en comandita, distinguimos la situación de los socios gestores de la de los socios comanditarios.

a) Respecto de los socios gestores, se aplican las normas de la sociedad colectiva.

b) Respecto de los socios comanditarios, ellos pueden ceder libremente sus derechos, mas no pueden transferir la facultad de examinar los libros y papeles de la sociedad mientras ésta no haya dado final a sus operaciones (artículo 482 del código de comercio).

Por consiguiente, la cesión de derechos de un socio comanditario a un extraño que se incorpora a la sociedad en comandita no puede llevar consigo la facultad del cesionario de tener acceso a los libros de contabilidad. La razón de su establecimiento es evitar el fraude a la libre competencia.

3) Sociedades de responsabilidad Limitada

Se aplican las disposiciones de las sociedades colectivas.

4) Sociedades anónimas

Respecto a las sociedades anónimas, debemos distinguir entre sociedades anónimas abiertas y cerradas, según lo dispone el artículo 2º de la ley 18046 que da los criterios para su determinación⁹.

a) Sociedades Anónimas Abiertas:

En relación con la cesibilidad de las acciones en las sociedades anónimas abiertas, el artículo 14 inciso 1º de la ley 18046, señala que el pacto o estatuto social no podrá limitar la libre cesión de las acciones, pudiendo así los accionistas en principio cederlas libremente.

Esta conclusión es válida, siempre y cuando no se hubiere celebrado un pacto particular entre accionistas de restricción a la libre cesión, pacto que a su vez ha de cumplir ciertos requisitos de publicidad frente a los demás accionistas y terceros interesados en su conocimiento, como es el efectuar el depósito de éste en la sociedad y hacer una referencia a él en el registro de accionistas.

La razón de que no puedan establecerse restricciones a la libre cesión de acciones en los estatutos sociales, proviene de la circunstancia que las sociedades anónimas como fueron concebidas en una economía de mercado, son verdaderos colectores del ahorro del público en general, y una restricción a la libre cesión limitaría la facultad de disposición de dichos ahorrantes (que en las sociedades anónimas abiertas son en su mayoría distintos de los socios fundadores que podrían establecer en el pacto constitutivo de la sociedad la referida restricción), que a pesar de no concurrir con su voluntad expresa al establecimiento de dicha limitación, según lo señala el artículo 22 de la ley 18046, al momento de comprar las acciones de una sociedad, tácitamente aceptan sus estatutos sociales y consiguientemente, se les aplicaría enteramente dicho pacto.

b) Sociedades Anónimas Cerradas:

La disposición legal comentada, relativa a la libre cesión en los estatutos sociales, al ser expresamente concebida para las sociedades anónimas abiertas, dejaría abierta la posibilidad para los socios de las sociedades anónimas cerradas establecer en los estatutos sociales pactos que limiten la libre cesión de las acciones.

Más aun, pactos particulares de accionistas podrían limitar dicho derecho a la libre cesión, siempre y cuando cumplan con los requisitos del inciso 2º del artículo 14 de la ley 18046.

Forma de constitución de las sociedades

⁹ El inciso 2º de esta disposición señala un triple criterio para determinar cuándo estamos en presencia de una sociedad anónima abierta o una cerrada: a) en cuanto a cómo ofrece sus acciones, si lo hace mediante oferta pública o privada de ellas, según lo dispone el artículo 4º de la ley 18045 (Ley de Mercado de Valores); b) en cuanto al número de accionistas, si son más o menos de 500 accionistas; o c) en cuanto al porcentaje del capital suscrito que pertenece a un número de accionistas, si pertenece o no a lo menos el 10% del capital suscrito a un mínimo de 100 accionistas. Estos son criterios distintos y no copulativos.

La forma de constitución dice relación **con la circunstancia de exigir o no la ley el cumplimiento de solemnidades necesarias para la existencia y validez de los diversos tipos sociales, cuyo incumplimiento bien puede sanearse tratándose de vicios formales conforme a la Ley 4.918.**

1) Sociedades colectivas:

a) Sociedad colectiva civil:

La sociedad colectiva civil es un contrato consensual, que se forma y perfecciona por el mero consentimiento de las partes contratantes.

b) Sociedad colectiva mercantil:

Según el artículo 350 del código de comercio, la sociedad colectiva mercantil se forma y prueba por escritura pública inscrita en extracto en el registro de comercio correspondiente al domicilio de la sociedad, dentro del plazo de 60 días contados desde la fecha de la escritura social. A su vez, toda reforma, ampliación o modificación del contrato social deberá ser reducido a escritura pública inscrita en los términos señalados anteriormente.

Si el contrato social consta en un instrumento privado, no producirá otro efecto entre los socios que el de obligarlos a otorgar la escritura pública antes que la sociedad dé principio a sus operaciones (artículo 351 del código de comercio).

Si se omiten las solemnidades que la ley establece en atención a la naturaleza del contrato social, la sanción será la nulidad absoluta (artículo 357 del código de comercio), nulidad absoluta con efecto relativo circunscrito a las partes, siendo además inoponible respecto de terceros. Así lo expresa el artículo 357, al señalar *que la omisión de la escritura social o de su inscripción en el registro de comercio produce nulidad absoluta entre los socios, aunque respecto de terceros de buena fe con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho los socios responden solidariamente de todas las obligaciones legalmente contraídas ya que la nulidad que opera entre los socios, resulta ser inoponible respecto de terceros.*

2) Sociedades en comanditas.

Dentro de las sociedades en comandita mercantil, se distinguen dos tipos o especies:

a) Sociedad en comandita simple,

La sociedad en comandita simple, al tenor de lo que expresa el artículo 474 del código de comercio, se forma y prueba como la sociedad colectiva mercantil.

b) Sociedad en comandita por acciones (artículo 471 y siguientes)

En la sociedad en comandita por acciones, según el 491 del Código de Comercio, se le aplican supletoriamente las reglas de las sociedades en comandita simple. Es decir, requiere de escritura pública e inscripción de un extracto en el Registro de Comercio. Pero, se requieren ciertos requisitos adicionales para la constitución de una sociedad en comandita por acciones, conforme a lo establecido en el artículo 493 del mismo cuerpo legal y que son los siguientes:

-Suscripción total del capital y el pago de a lo menos la cuarta parte del importe correspondiente a cada socio, según el número de acciones de que es titular.

-Que la suscripción y pago del mencionado aporte sea comprobado por la declaración del gerente en una escritura pública a la que a su vez deberá acompañarse una lista de suscriptores, un estado de las entregas y de la escritura social.

Si no se cumple con estos requisitos, la sociedad en comandita por acciones no queda definitivamente constituida (artículo 493 del código de comercio).

En suma, para constituir una sociedad en comandita por acciones, es necesario:

i) Estatutos sociales suscritos por escritura pública.

ii) Inscripción del extracto en el registro de comercio correspondiente al domicilio social, dentro de los 60 días siguientes a la fecha de suscripción de la escritura social.

iii) Declaración por escritura pública del gerente de la sociedad, por la que declara íntegramente suscrito el capital social, y a lo menos pagado la cuarta parte de las acciones.

En la misma declaración deberá agregar una lista de los suscriptores del capital, un estado de las entregas del capital pagado y además una escritura social.

iv) Respecto de los aportes que no consistan en dinero, la asamblea general hará verificar y estimar su valor, debiendo aprobar dichos valores en una reunión posterior. Si no se cumple con ello, la sociedad no quedará definitivamente constituida (artículo 496 del código de comercio).

v) Si se estipularen a favor de alguno de los socios ventajas particulares (al hablar de ventajas particulares, nos referimos a acciones preferentes), existe la misma obligación de verificación y valorización, aprobada por la mayoría compuesta por la cuarta parte de los accionistas que representen a su vez la cuarta parte del capital social, en una reunión ulterior (artículo 496 inciso 2º)¹⁰. La misma sanción de no quedar definitivamente constituida la sociedad se establece si no se cumple con éstos requisitos.

3) Sociedad de responsabilidad limitada

La sociedad de responsabilidad limitada sea civil o mercantil, en virtud de lo dispuesto en la ley 3.918, deberá constar por escritura pública inscrita en extracto en el registro de comercio dentro del plazo de 60 días contados de la fecha de constitución de la sociedad. Pero agrega una formalidad adicional, cual es que dicho extracto deberá además publicarse por una sola vez en el Diario Oficial dentro del mismo plazo de 60 días (artículo 3 inciso 2º).

La omisión de cualquiera de estos requisitos, produce nulidad entre los socios y hace responsable solidariamente a los socios fundadores de todas las obligaciones contraídas en interés de la sociedad (artículo 3 inciso final).

4) Sociedad Anónima

Conforme el artículo 3 de la ley 18.046, la sociedad anónima se forma, existe y prueba por escritura pública, inscrita en extracto autorizado por el notario respectivo y publicada por una sola vez en el Diario Oficial, todo dentro de los 60 días contados desde la fecha de la escritura social.

La omisión de la escritura social, o la omisión o inoportuna inscripción o publicación, trae aparejada la inexistencia jurídica de la sociedad (artículo 6 inciso 1º ley 18.046).

A su vez, la omisión de las menciones esenciales de la escritura social o del extracto, al igual que cualquier disconformidad que exista entre la escritura y la inscripción o publicación de su respectivo extracto, produce la nulidad absoluta del pacto social (artículo 6 inciso 2º).

En todos los casos de inexistencia y nulidad en la constitución de la sociedad, los otorgantes del pacto respectivo responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de aquélla (artículo 6 inciso final).

En las sociedades anónimas, una de las menciones de la escritura social y del extracto (artículos 4 N°1 y 5 N°1 ley 18.046), está constituida por el señalamiento de la profesión de los accionistas que concurren al otorgamiento del pacto social, requisito éste de la profesión que no se exige respecto de las demás sociedades, y que en caso de omitirse, se encuentra afecta a un vicio de nulidad.

5) Asociación o cuentas en participación

Conforme al artículo 507 del Código de Comercio, la asociación o cuentas en participación es un “contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

¹⁰ En la señalada mayoría no se incluirá a los socios que hicieren el aporte que no consista en dinero, o a los que se estipulen ventajas particulares en su favor (496 inciso final del código de comercio).

Se está así en presencia de un acuerdo entre comerciantes, respecto de un mismo objeto jurídico (cual es las operaciones mercantiles en que toman interés), en virtud del cual, uno de ellos que es denominado gestor, se reputa como único dueño del negocio. El otro, denominado copartícipe, es el capitalista cuyo objeto es aportar fondos para que sean administrados por el gestor.

Este acuerdo de voluntades es esencialmente privado, que al no constituir una sociedad, carece de personalidad jurídica y por consiguiente, de los atributos de esta personalidad, tales como la razón social, el patrimonio social y un domicilio.

Atendido que la asociación no constituye una sociedad, no se encuentra sujeta a las solemnidades que la ley exige para el resto de las sociedades, conforme lo establece el artículo 508 del Código de Comercio, al decir que el convenio de los asociados o copartícipes determinará el objeto, la forma, el interés y las condiciones de la participación.

Pero la ley no pudo desconocer las semejanzas que existen entre la sociedad y la participación, especialmente en la relación de los partícipes entre sí, y señaló que, salvo las modificaciones resultantes de la naturaleza jurídica de la participación, produce entre los partícipes los mismos derechos y obligaciones que confieren e imponen a los socios entre sí las sociedades mercantiles según el artículo 511 del Código de Comercio.

Sociedad Colectiva

La Sociedad Colectiva posee la característica de ser de esos contratos que se encuentran regulados doblemente, en el Código Civil y el Código de Comercio. El principio rector en esta materia para determinar la inexistencia de antinomias se encuentra contenido en la disposición del artículo 2 del Código de Comercio, que hace a las normas del Código Civil supletorias de las disposiciones comerciales contenidas en el título VII del libro II artículo 384 y siguientes.

El Código de Comercio se refiere a la Sociedad Colectiva de la siguiente forma:

Párrafo 1º: Se refiere a constitución de la sociedad, que el código denomina formación y prueba de la Sociedad Colectiva.

Párrafo 2º: De la razón o firma social en la Sociedad Colectiva.

Párrafo 3º: El capital, que lo denomina fondo social y de la división de las ganancias en la Sociedad Colectiva.

Párrafo 4º: Administración de la Sociedad Colectiva.

Párrafo 5º: Administración de la Sociedad Colectiva.

Párrafo 6º: Disolución y liquidación de la Sociedad Colectiva.

Párrafo 7º: Prescripción de las acciones procedentes de la Sociedad Colectiva.

Es a esta regulación mercantil que se aplica supletoriamente las reglas del Código Civil.

La diferencia entre la sociedad colectiva civil y la mercantil en cuanto a su constitución, ***radica en que el contrato de sociedad pasó a ser solemne***, ello es porque conforme lo que señala el artículo 350 del Código de Comercio, la sociedad colectiva se forma y prueba por escritura pública inscrita en los términos del artículo 345.

Ello plantea la pregunta de:

¿Por qué el Código de Comercio elevó a la categoría de contrato solemne a la sociedad colectiva, en circunstancias que es una tendencia general del Código de Comercio liberar a los contratos mercantiles de las formalidades propias del Código Civil?

Según la cátedra porque éste es uno de los contratos más importantes en el Derecho Comercial. Además porque es un contrato que, en concepto del legislador, es de aquella clase que requiere de cierto tiempo para su gestación. Eso porque los socios que han de constituirla han de tener la más acabada comprensión y convencimiento de la gravedad de sus efectos y el alcance de sus disposiciones e instituciones, a tal punto, por ejemplo, que los socios pasan a responder en forma solidaria de las obligaciones que la sociedad contraiga.

Capacidad para formar la Sociedad

El artículo **349 del Código de Comercio** establece la capacidad necesaria para formar la sociedad colectiva mercantil, señalando la regla general, y la situación especial del menor adulto y la mujer casada que no esté separada de bienes, los cuales requerirán autorización judicial y del marido, en su caso.

Así lo señala el artículo 349 al expresar que por regla general, ***puede celebrar el contrato de sociedad toda persona que tenga capacidad para obligarse***, capacidad que según el artículo 1446 del Código Civil, le pertenece a todas las personas, salvo a las que la ley declare incapaces como lo hace en el artículo 1447.

Señala por su parte en el inciso 2º del artículo 349 que el menor adulto necesita autorización especial, conferida por el juez ordinario, para celebrar el contrato de sociedad. La razón de ello son las importantes consecuencias que pudieran derivarse del ser socio colectivo mercantil especialmente en cuanto a la responsabilidad, al hacerlo solidariamente responsable por las deudas sociales.

Por consiguiente, si uno de los socios es menor adulto, la ley dispone que necesita autorización judicial para celebrar el contrato de sociedad colectiva mercantil, sin distinguir para este caso si el menor tiene o no peculio profesional, al no hacerlo la ley en este artículo 349 del Código de Comercio. Además, porque la incapacidad se encuentra establecida como protección al incapaz.

Respecto de la mujer casada y no separada totalmente de bienes, la autorización judicial provendría del marido¹¹.

Conforme al tenor literal, la norma referida le impone a la mujer casada bajo sociedad conyugal -aunque tenga patrimonio reservado por su industria, profesión u oficio separado del marido- la necesidad jurídica de obtener la autorización de éste, al no encontrarse totalmente separada de bienes, ya que la norma mercantil al no tratar este caso especial se aplica la regla general exigiendo la autorización como una medida de protección a favor de la mujer. En consecuencia, la incapacidad se establece como una medida de protección a la mujer, toda vez que la administración de sus bienes propios y los de la mujer, se radica en el marido.

Sin embargo, conforme lo señala el artículo 2º de la Ley 18.802, *a contar de la fecha de vigencia de esta ley, la mujer que fue incapaz por estar casada en sociedad conyugal, dejará de serlo para todos los efectos del Código Civil y demás códigos y leyes especiales y responderá de sus actos con los bienes que administre de acuerdo con los artículos 150, 166 y 167 del Código Civil*. Ello implica -según parte de la doctrina- conforme al tenor literal de la norma legal, que cualquier incapacidad establecida por alguna disposición legal contenida en el Código Civil o demás leyes especiales, en razón del régimen matrimonial que se adopte, a contar de la fecha de la ley 18.802, dejará de estar vigente y primaría como principio general, la capacidad de la mujer.

Así resulta, conforme una interpretación armónica, que el requisito de la autorización del marido respecto de la mujer que no esté separada de bienes para formar una sociedad colectiva, se encontraría derogado tácita.

Sin perjuicio, la cátedra sostiene que la capacidad de la mujer casada, no la faculta para formar una sociedad y menos aportar bienes, ya que requiere autorización del marido, en razón que sigue siendo jefe de la sociedad conyugal.

Solemnidades que deben cumplirse para la constitución de la Sociedad Colectiva

¹¹ Conforme el Código Civil, el régimen patrimonial del matrimonio puede ser de tres tipos:

- a) Sociedad conyugal;
- b) Separación de bienes;
- c) Participación en los gananciales. Respecto del divorcio perpetuo, constituye una causal de separación total de bienes.

Conforme lo señala el artículo 350 del Código de Comercio, la sociedad colectiva se forma y prueba por escritura pública, inscrita en extracto en el registro de comercio dentro de los 60 días contados de la fecha de constitución de la sociedad.

Aparecen de esta manera, la **escritura pública y la inscripción** como los requisitos para la constitución de la sociedad. Al estudio de estos requisitos dedicaremos las siguientes páginas.

a. Escritura Pública

El contrato de sociedad colectiva, conforme al 350, deberá constar en escritura pública, cuyo concepto define la ley en el artículo 1669 del Código Civil, como el instrumento público otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público.

Conforme al principio contenido en el artículo 1701 del Código Civil, la falta de instrumento público no podrá suplirse en aquellos actos y contratos en que la ley requiera esa solemnidad, teniéndose por no ejecutados o celebrados aunque se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo. Este principio se ve alterado por lo dispuesto en el artículo 351 del Código de Comercio, al expresar que el contrato de sociedad que consta en instrumento privado, produce efectos entre los socios, cual es el de obligarlos a otorgar la escritura pública en que conste dicho contrato de sociedad, siempre y cuando la sociedad NO haya principiado sus operaciones.

Porque cuando la supuesta sociedad – que pasa a denominarse *sociedad de hecho* – ha iniciado sus operaciones, la omisión de la escritura social o de su inscripción en el registro de comercio, produce la nulidad absoluta entre los socios, y los hace solidariamente responsables respecto de los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho.

Menciones de la Escritura Social:

Las menciones de la escritura social pueden clasificarse en esenciales (1, 2, 4 y 5) y no esenciales o de la naturaleza (3, 6, 7, 8, 9 y 11), dependiendo de si el Código de Comercio da o no reglas supletorias a la voluntad de las partes. Así, si el código no entrega una norma supletoria de la voluntad de las partes y éstas no incluyen dicha cláusula, la sanción a la falta de dicha estipulación consistirá en la nulidad absoluta del pacto social al faltar un requisito establecido con el carácter esencial en la sociedad. Dicha consecuencia no se presentará en el evento de faltar una cláusula no esencial, pues es la propia ley la que da las normas supletorias en estos casos.

A continuación analizaremos cada una de estas cláusulas que imperativamente señala el 352 que deberá contener la escritura social, en cuanto al carácter de esencial o no de dicha cláusula.

1º Individualización de los socios

Al respecto el artículo 352 N° 1 del Código de Comercio se refiere a los nombres, apellidos y domicilios de los socios.

Este requisito resulta esencial, toda vez que determina las partes que celebran el contrato de sociedad.

2º La razón o firma social

Este requisito regulado en los artículo 365 y siguientes, resulta esencial dentro de la sociedad colectiva mercantil, toda vez que la falta de un correcto señalamiento de la razón social, genera la nulidad.

3º Los socios encargados de la administración y del uso de la razón social

Este requisito, no obstante la importancia que reviste, no resulta, pues el artículo 384 del Código de Comercio da reglas supletorias a la falta de inclusión. Así somete a las reglas de los artículos 385 a 403 a las sociedades que en el pacto social no hubieren previsto un régimen de administración, régimen de administración que conforme el artículo 385 del Código de Comercio, 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.

Según el artículo 386 del Código de Comercio, cuando en el contrato social los socios no designan la persona del administrador, se entiende que ellos se confieren recíprocamente la facultad de administrar

y la de obligar solidariamente a la responsabilidad de todos, sin su noticia y consentimiento. Esta facultad recíproca que se entiende conferida a todos los socios, es lo que en doctrina se denomina Mandato Tácito, Legal y Recíproco.

Es tácito por cuanto no necesita expresarse;

Es legal porque emana de la ley, prescindiendo de su noticia y consentimiento conforme al artículo 386 del Código de Comercio; y

Es recíproco, porque se entiende conferido a todos y cada uno de los socios.

4º El Capital de introduce cada uno de los socios de la sociedad

Esta cláusula es esencial.

El capital social se configura a través de la suma de los aportes que cada uno de los socios se obliga a efectuar.

Los aportes cuya suma constituyen el capital social, pueden consistir en cualquier clase de bienes corporales o incorporeales, con el solo requisito de que puedan ser susceptibles de apreciarse en dinero.

Existe sí una limitación, establecida en el artículo 377 del Código de Comercio, donde se señala que los cargos u oficios públicos, que sean servidos en virtud de nombramiento hecho por el Presidente de la República, no pueden ser objeto de aporte. Así señala como ejemplo el de corredor público.

En relación con el capital, la última parte del numeral se refiere a la valorización o determinación del capital. Al igual que en todos los tipos sociales la determinación del justiprecio de los aportes queda determinado por los socios de común acuerdo.

Esta misma norma se aplica a propósito de las sociedades en comanditas, de responsabilidad limitada y las anónimas cerradas.

En el caso de las sociedades anónimas abiertas, la determinación de los aportes y el justiprecio de valorización quedan radicadas en la autoridad administrativa encargada de su fiscalización. Así por ejemplo, la Superintendencia de Bancos. Si se trata de una sociedad anónima abierta que no es especial, la determinación la hace la Superintendencia de Valores y Seguros.

5º Las negociaciones sobre que deba versar el giro de la sociedad:

Cuando el código habla de negociaciones, se refiere al giro u objeto social.

Respecto del giro, una sociedad puede tener múltiples objetos, bastando que uno de los objetos sociales tenga por fin la realización de actos que la ley califica como mercantiles conforme el artículo 3, para que se repute comercial.

La cláusula del objeto social resulta esencial.

6º La parte de los beneficios o pérdidas que se asignen a cada socio capitalista o industrial:

Al analizar la sociedad como un contrato, señalamos que un elemento esencial, junto con la estipulación de un aporte y el ánimo societario, estaba constituido por la participación en los beneficios. Ello porque la sociedad no se forma para generar pérdidas, que si de hecho se producen, resulta una contingencia, mas no una situación esencial a la sociedad.

Respecto de la proporción en que se va a participar en las ganancias y pérdidas, la ley ha suplido la voluntad de las partes, estableciendo normas en el evento que los socios no hayan estipulado nada.

Así el artículo 382 del Código de Comercio señala que parte de los beneficios o pérdidas se le asignan al socio capitalista, esto es, el que aporta dinero, en oposición al socio industrial que es aquel que aporta su trabajo personal y que se encuentra regulado por el artículo 383 de ese mismo cuerpo legal.

El artículo 382 señala que los socios capitalistas dividirán entre sí las ganancias y las pérdidas de la manera estipulada, y que a falta de ésta las dividirán a prorrata de sus respectivos aportes.

Respecto del socio industrial en cuanto a las ganancias y pérdidas se estará a lo que se hubiere estipulado en el contrato, y a falta de ésta el socio industrial llevará en las ganancias una cuota igual a la que corresponda al aporte más módico, sin soportar parte alguna en las pérdidas.

Esta disposición, como lo hemos planteado anteriormente, presenta dos contrasentidos. El primero pues hace al socio industrial participar en la misma proporción que lo hace el capitalista que ha efectuado el aporte más módico, aunque sea él quien en realidad aporte la inventiva y creatividad; el segundo pues señala que no soportará pérdida alguna, pero lo que en realidad ocurre es que pierde su trabajo.

7ª La época en que la sociedad ha de *principiar y disolverse*

Respecto a la presente mención, pueden darse diversas situaciones, dependiendo de cómo se explican ambos requisitos.

Así por ejemplo, una escritura social que señala que “el plazo de duración de la sociedad será de 5 años”, no respeta la norma señalada, porque la mención no es completa, al no señalar la época en que principia. Sería completa, si hiciera referencia a la fecha de la escritura social.

Otro ejemplo es que en la escritura social señale que “el plazo de duración de la sociedad será de 5 años contados desde la fecha de la escritura social, la que se renovará automática y sucesivamente cada 2 años”, tampoco es correcta, porque no señala la época de su disolución.

Otro ejemplo es que la escritura social señale que “el plazo de duración de la sociedad sería de 5 años contados desde la fecha de la escritura social y se renovará sucesiva y automáticamente por períodos iguales de 5 años, a menos que alguno de los socios manifieste su voluntad contraria con 3 meses de anticipación a la fecha de vencimiento de la sociedad.” Esta cláusula resulta correcta, toda vez que indica la época en que ha de principiar y disolverse la sociedad.

Esta última cláusula tipo, igual a un sinnúmero de otras cláusulas, resulta conveniente hacerla de manera textual y publicarla íntegramente en el extracto que se publica en el diario oficial respecto de las sociedades que así lo requieren, pues si no se hace así, la sociedad será nula absolutamente, al faltar, como en los dos primeros ejemplos señalados, el señalamiento de la época en que principie y/o se disuelve la sociedad.

Lo mismo ocurre respecto de la referencia al objeto social, más aún cuando se tratan de objetos múltiples.

Por consiguiente, conforme los términos imperativos de este número 7ª, que requeriría señalar expresamente la época de principio y disolución de la sociedad, y la falta de una entrañaría la nulidad absoluta de la sociedad.

Sin embargo existe un problema, pues conforme la remisión general del artículo 2º del Código de Comercio y la especial del artículo 407 en cuanto a la disolución, hace aplicables supletoriamente las normas del Código Civil si no existiere un señalamiento explícito respecto a las normas relativas a la sociedad.

En éste cuerpo legal, según lo señala el artículo 2065, si no se expresa plazo o condición para que principie la sociedad, se entenderá que principia a la fecha del mismo contrato; y no expresándose plazo o condición para que tenga fin, se entenderá a la sociedad constituida por toda la vida de los socios, salvo el derecho de renuncia y a menos que se haya constituido para un negocio determinado. En este último caso, la sociedad permanecerá vigente por todo el tiempo que durará el negocio.

Existiría, de tal manera para algunos, tan sólo una antinomia aparente entre ambos códigos. Dicha contradicción no sería tal, toda vez que el Código Civil, dado su carácter supletorio, optaría por reputar a la sociedad plenamente válida en el evento de no estipularse la fecha de principio y disolución de la sociedad.

Pero para otros no se cumpliría con el requisito que imperativamente señaló este número 7ª para la determinación de la vigencia.

Para la cátedra, ésta es una cláusula de importancia pero no esencial, pues en su defecto regirán las normas del Código Civil, principiando así al tiempo del contrato y contrayéndose por toda la vida de los socios.

8ª La cantidad que puede tomar anualmente cada socio para sus gastos particulares

Esta norma no resulta esencial, en razón de la existencia de una relación meramente creditoria con la sociedad.

9ª La forma en que ha de verificarse la liquidación y división del haber social

A falta de estipulación, rige lo dispuesto en el artículo 408 y siguientes del Código de Comercio, normas que hacen expresa referencia a los modos de liquidación de la sociedad. Por consiguiente, no es una norma esencial.

De acuerdo al artículo 277 N°1 Código Orgánico de Tribunales la liquidación de las sociedades civiles, es materia de arbitraje forzoso.

Respecto de las sociedades mercantiles, la liquidación se practica por mandatarios designados al efecto (409cc) y denominados liquidadores.

10ª Si las diferencias que les ocurran durante la sociedad deberán ser o no sometidas a la resolución de arbitradores y en el primer caso, la forma en que debe hacerse el nombramiento

Esta cláusula no es esencial, toda vez que el artículo 415 del Código de Comercio señala una regla supletoria, al expresar que si en la escritura social se hubiere omitido hacer la designación que indica el N°10 del artículo 352, se entenderá que las cuestiones que se susciten entre los socios, ya sea durante la sociedad o al tiempo de la disolución, serán sometidas a compromiso.

Respecto de la 10ª mención que deberá contener la escritura social, ella habla de si han de someterse o no a la resolución de árbitros arbitradores, que son aquellos que han de tramitar el asunto sometido a su conocimiento, conforme el procedimiento que las partes le señalen, y a falta de ésta designación, las normas básicas del debido proceso, fallando el asunto conforme a la equidad, sin someterse al sistema de la prueba legal o tasada para ello. Sin embargo, caber cierto sigilo en esto, especialmente en cuanto a la designación de la persona que ha de fallar conforme a sus propias creencias, no siendo inclusive susceptible del recurso de apelación a menos de establecer un tribunal de segunda instancia. Cabe decir, un asunto de real trascendencia jurídica, como podría ser el de los problemas relativos a la administración de la sociedad colectiva, o de las de responsabilidad limitada al aplicarse esta regulación, que resulta ser netamente de derecho, estaría siendo decidido conforme las normas que el arbitrador decida, no estando obligado a hacer su análisis en el derecho.

11ª El domicilio de la Sociedad

Este es un requisito no es esencial, por la reforma establecida por la ley 19.499, la cual crea el artículo 355, el cual señala que caso de omisión, se entenderá que domicilio de la sociedad, será el del lugar en que se hubiera otorgado la escritura social.

12ª Los demás pacto que acordaren los socios

b. Inscripción del extracto de la escritura social en el Registro de Comercio

Uno de los requisitos que debe cumplir para que quede legalmente constituida la sociedad, es la inscripción del extracto de la escritura social, en el registro de comercio, correspondiente al domicilio social, dentro de los 60 días siguientes de la fecha de constitución.

Dicho extracto deberá contener, acorde al artículo 354 inciso 2º, las siguientes menciones:

- 1) La individualización de los socios (nombres, apellidos y domicilios de los socios);
- 2) La razón o firma social;
- 3) Los socios encargados de la administración y del uso de la razón social;
- 4) El capital social;
- 5) El giro social;
- 6) La época en que ha de principiar y disolverse la sociedad;
- 7) La fecha de la escritura respectiva; y
- 8) Indicación de nombre y domicilio del notario que la otorgó.

El plazo para efectuar la inscripción es de 60 días contados desde la fecha de escritura social.

Modificaciones del pacto social

El artículo 350 del Código de Comercio establece que la sociedad colectiva se forma y prueba por escritura pública, inscrita en los términos del artículo 354, de manera tal que se eleva a la categoría de solemne.

Coincidente con este carácter, el inciso 2º del referido artículo 350 exige el cumplimiento de las mismas solemnidades respecto de toda modificación al pacto social. Así deberán reducirse a escritura pública e inscribirse además en el registro de comercio respectivo:

- 1.- La disolución anticipada de la sociedad;
- 2.- La prórroga del plazo fijado para su fin;
- 3.- El cambio, retiro o muerte de uno de los socios;
- 4.- La alteración de la razón social, o en general toda reforma, ampliación o modificación del pacto social.

La circunstancia de exigir una escritura pública el artículo 350 del Código de Comercio e inscripción, es coincidente con la exigencia del artículo 1707 del Código Civil, en cuanto a las contraescrituras que alteran lo pactado en una escritura pública.

El mismo artículo 350 señala una excepción al cumplimiento de las solemnidades, cual es el caso de la simple prórroga de la sociedad que deba producirse de acuerdo con las estipulaciones que existan al respecto en el contrato social. En este caso, la prórroga se producirá, a menos que uno o varios de los socios manifieste su voluntad en orden a ponerle término en el plazo estipulado. Dicha manifestación de voluntad deberá ser expresa y exteriorizarse en una declaración reducida a escritura pública, de la cual se tomará nota al margen de la inscripción respectiva en el registro de comercio, antes de la fecha fijada para la disolución.

Efectos del cumplimiento o incumplimiento de las solemnidades

El cumplimiento de las solemnidades anteriormente señaladas, conlleva el nacimiento (exento de vicios) de la sociedad a la vida del derecho, en razón de lo expuesto en el inciso primero del artículo 350 del Código de Comercio, al expresar que la sociedad colectiva se forma y prueba por escritura pública inscrita.

¿Qué ocurre en el evento que se omitan las solemnidades como la escritura social o la inscripción en el registro de comercio, o en caso de cumplimiento tardío de dicha solemnidades? En términos generales, ¿Qué ocurre con el incumplimiento de las solemnidades legales?

La ley en el artículo 355 A, del Código de Comercio, en relación al artículo 356 del mismo cuerpo legal, señala que en dichos casos de omisión de la escritura social o de su inscripción en el registro de comercio, produce la **NULIDAD ABSOLUTA entre los socios**, nulidad que en conformidad a las reglas generales expresadas en los artículos 1682 y 1683 del Código Civil, no puede sanearse por el transcurso del tiempo, ni ratificarse por las partes.

Para efectos de análisis los efectos de la nulidad los vamos a estudiar desde un triple punto de vista, a saber:

1.- Efectos de la nulidad respecto de los socios entre sí;

Entre los socios como consecuencia de la nulidad se forma un cuasicontrato de comunidad, 2304cc.

2.- Efectos de la nulidad respecto de los terceros entre sí;

Hay al respecto que distinguir entre tres clases de terceros:

- Los terceros acreedores sociales;
- Los terceros acreedores personales de los socios; y
- Los terceros deudores de la sociedad o deudores sociales.

Respecto de los deudores sociales, esto es aquellos respecto de los cuales la sociedad es titular de un crédito, al tenor del artículo 359 del Código de Comercio, no pueden sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones, como consecuencia de la declaración de nulidad.

A su vez, entre los acreedores sociales y los acreedores personales de los socios, existen intereses contrapuestos, pues mientras a unos (acreedores sociales) le interesa la validez de la sociedad, para efecto de que puedan concurrir con sus créditos a su pago, aplicando el patrimonio de la sociedad, toda vez que se incrementará el patrimonio de los socios con los bienes que conforman la masa de bienes comunes de la comunidad que se forma producto de la nulidad.

Antes el artículo 362 del Código de Comercio, otorgaba un derecho a los acreedores personales de los socios en contra de los acreedores sociales, para perseguir los bienes aportados a la sociedad que adolecía de nulidad, pero hoy esa norma se encuentra derogada por la ley 19.499.

3.- Efectos de la nulidad entre los socios y terceros.

Entre los socios y terceros se establece que, no obstante la nulidad del contrato social, los socios responderán ilimitada y solidariamente (art. 1551 cc.) a los terceros con quienes hubiere contratado en nombre e interés de la sociedad de hecho. Así lo señalan expresamente el artículo 356 inciso 3º del Código de Comercio y 357 inciso 2º del mismo cuerpo legal.

La ley le concede así al acreedor social un nuevo patrimonio sobre el cual hacer efectivo sus créditos, distinto al patrimonio social, cual es el patrimonio individual de los socios (solidaridad).

Si bien la falta de las solemnidades legales entraña la nulidad absoluta entre los socios, pero respecto de los terceros la nulidad de la sociedad les es inoponible. Los socios colectivos no podrán alegar la nulidad de la sociedad para excusarse de cumplir las obligaciones de la sociedad respecto de terceros (356 inciso 3º del Código de Comercio).

El efecto de la nulidad en materia de sociedad resulta ser absoluto entre las partes, pero respecto de los terceros interesados resulta ser inoponible. Por dicha circunstancia, se habla del efecto relativo de la nulidad de la sociedad colectiva mercantil.

¿Cómo se puede acreditar la existencia de la sociedad?

El mismo artículo 356 inciso 3º del Código de Comercio, señala una excepción a la admisibilidad de la prueba testimonial en materia mercantil, toda vez que conforme el artículo 356 inciso 3º del Código de Comercio, será admisible la prueba de testigos en materia comercial, cualquiera sea la cuantía de la obligación, salvo que la ley

exija un instrumento como solemnidad (1701 cc), caso en el cual se probará por dicho instrumento. Tal sería el caso de la sociedad, toda vez que es solemne. Pero a pesar de ello, los terceros interesados en existencia de la sociedad, podrán acreditar dicha existencia por cualquiera de los medios probatorios que reconoce el código, sin requerir única y exclusivamente la solemnidad y por último la prueba será apreciada según las reglas de la sana crítica.

En las últimas clases, hemos estudiado los requisitos de constitución de las sociedades colectivas mercantiles de los cuales, se desprende que pueden distinguirse según sean de forma o de fondo:

Fondo: Son aquellas que contienen la escritura pública de constitución según sean esenciales o de la naturaleza de la sociedad en consideración a la importancia que revisten y las normas supletorias del colector.

Forma: Aquellos que consisten en la exigencia establecida por el artículo 352 del Código de Comercio, de una escritura pública y además del cumplimiento de su inscripción en la forma y el plazo determinado.

A continuación procederemos a analizar la Ley Nº 19.499, publicada en el Diario Oficial el 11 de Abril de 1997, la cual establece normas sobre el saneamiento de vicios de nulidad de sociedades y modifica el Código de Comercio y otros cuerpos legales.

Esta ley consta de 14 artículos.

Los 10 primeros tratan sobre el saneamiento de las sociedades.

Y los 4 artículos restantes, modifican los artículos 355 al 361 y la ley 18.046.

1) **Ámbito de Vigencia**

¿Qué sociedades? De conformidad al artículo primero las disposiciones de esta ley se aplican a las sociedades colectivas mercantiles, a las de responsabilidad limitada, a las en comanditas simples a las en comanditas por acciones y a las sociedades anónimas.

¿Qué aspectos? La nulidad derivada de vicios formales que afecte la constitución o modificación de una sociedad, puede ser saneada del modo que establece la ley.

2) **Requisitos para que pueda ser saneada la nulidad de la sociedad**

Debe tratarse de vicios formales. (art. 1 inciso 3º y art. 9).

Estos vicios formales deben constar en escritura pública. (art. 1 inciso final).

No puede sanearse la nulidad de una sociedad disuelta.

El plazo para solicitar el saneamiento de la nulidad de una sociedad, es de 2 años, contados desde la fecha del otorgamiento de la escritura social. (Art.6).

No se puede solicitar el saneamiento de la nulidad de una sociedad, sino antes que se encuentre ejecutoriada la sentencia que declara la nulidad.

3) **Formalidades del Saneamiento**

- Que se otorgue una escritura pública en la cual, se corrija el vicio de la constitución o modificación de la sociedad.
- Que un extracto de la escritura de saneamiento sea inscrito en el registro de comercio, del conservador de Bienes Raíces correspondiente al domicilio de la sociedad.

Contenido del Extracto

- Art. 4
- 1.- Fecha de la escritura de saneamiento.
 - 2.- Nombre del notario que autoriza la escritura.
 - 3.- Fecha de la escritura pública que se sanea.
 - 4.- Modificaciones de la escritura pública que se sanea.

La Razón Social

La razón social de la sociedad está regida en el párrafo 2º del título VII del libro II del Código de Comercio, artículo 365 y siguientes.

La razón social jurídicamente es el nombre o denominación jurídica como persona jurídica que es. Es un distintivo que le permite ejercer derechos y obligaciones respectivamente en la vida del derecho.

Por eso el artículo 352 del Código de Comercio, a propósito de la escritura social, dice en su Nº 2, que ha de expresar la razón o firma social.

Ella se encuentra constituida por el nombre de todos o algunos de los socios, más las palabras y compañía.

Así, según la cátedra, el que se incluya la razón social en el pacto social, es un elemento de la esencia. Ello en contraposición de la posición que señala que constituye un elemento no esencial, toda vez que el código civil al definir la sociedad ni siquiera consideró como elemento de ésta a la razón social (en circunstancia que el Código Civil francés al definir la sociedad, lo hace tomando en cuenta a la razón social), pudiendo por consiguiente faltar, y ello no acarrearía la nulidad del contrato.

Pero si la razón social es el nombre de la sociedad como sujeto de derecho, e individualizada a la persona jurídica y le permite contratar con terceros, indudablemente no puede faltar.

Naturaleza jurídica de la razón social

La razón social no tiene un sentido patrimonial, por lo que no está en el comercio. Por consiguiente, no es susceptible de ser objeto de contrato o convención alguna, porque jurídicamente es un atributo que mira a la persona y no al patrimonio.

La razón social es la sociedad lo que el nombre y los apellidos son a las personas naturales. Así como no puede haber seres humanos sin nombre, no puede haber sociedad sin razón social.

Como conclusión de lo anterior, la sociedad goza de las prerrogativas propias del nombre de las personas, como atributo que es de la personalidad. Ello lo consagra el artículo 369 del Código de Comercio, al expresar que la razón social no es un accesorio del establecimiento social o fabril que constituye el objeto de las operaciones sociales, y por consiguiente, no es transferible con él.

La razón social sólo puede comprender el nombre de los socios, y no ha de comprender el nombre de terceros. Ello se explica por el carácter *intuito personae* que tiene el contrato de sociedad, pues quienes contraten con la sociedad, lo harían en el entendido que esos terceros son socios, debiendo por lo mismo, responder como tal. Así, si un tercero ha tolerado que se inserte su nombre en la razón social, habría de responder frente a los acreedores sociales como si fuere socio, en forma solidaria.

Es por tal carácter de ser *intuito personae*, que el nombre del socio que ha muerto o se ha retirado de la sociedad debe ser suprimido de la razón social acorde lo señala el artículo 366 del Código de Comercio. Ello, ¿cómo lo hacen los demás socios? Lo hacen modificando el pacto social conforme el 350 inciso 2º del Código de Comercio.

En consecuencia, nadie debe tolerar que su nombre se incluya en la razón social de una sociedad de la cual no se es socio, pues si lo tolera, el efecto que se genera es el indicado en el artículo 368 del Código de Comercio, que expresa que 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. A su vez, si uno de los socios de una sociedad colectiva comercial se retira de la sociedad, y los otros socios que permanecen le solicitan autorización para usar en la razón social el nombre de dicho socio que se retira, *¿Qué responsabilidad asume éste?*

Por lo pronto, según el artículo 366 del Código de Comercio, sólo los nombres de los socios colectivos pueden entrar en la composición de la razón social. Por ello, el socio que ha muerto o *se han separado de la sociedad*,

será suprimido de la firma social. Pero si no le suprime de ella, se le aplicaría el artículo 368 del Código de Comercio que lo hace quedar responsable a favor de las personas que hubieren contratado *con* la sociedad al socio que se retira y que, como tercero, tolera con conocimiento la inserción de su nombre en la razón social, y más aun cuando la autoriza.

¿Qué significa tolerar, o más bien, cuando una persona jurídicamente se entiende que tolera que su nombre se incluya en la razón de una sociedad?

En estricto rigor, nuestro código no precisa que la persona consienta, sino que significa que con conocimiento de una situación la deje pasar por alto, aunque no la consienta expresa o abiertamente. Así, el que ignora que su nombre se ha incluido en la razón social de una sociedad extraña, no le afecta este artículo 368.

¿Qué tipo de responsabilidad asume el que tolera la inserción de su nombre en la razón social de la sociedad extraña, es solidaria e ilimitada?

Si analizamos la falsa apariencia que genera en los acreedores sociales la inserción del nombre de un extraño en la razón social, de manera tal que existiría otro patrimonio que respondería de las deudas sociales, la conclusión debiese ser que responde de las deudas sociales de manera solidaria. Además, conforme el artículo 22 del Código Civil el contexto de la ley servirá para interpretar sus partes, de manera que exista entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, analizando la regulación de la sociedad en comandita hace responsable de la misma manera que al socio gestor, que lo hace responsable de la misma manera que al socio gestor, que lo hace solidariamente, al socio comanditario que tolera la inserción de su nombre en la razón social.

Sin embargo, como el artículo 1511 inciso 3º del Código Civil lo señala, la solidaridad legal ha de requerir de texto expreso que la declare, y al no existir tal en este caso, pues sólo se habla en el artículo 368 de quedar responsable, mas no de quedar responsable, mas no de qué tipo de responsabilidad, forzoso resulta concluir que no responde solidariamente de las deudas sociales, y sólo se encuentra responsable de los perjuicios que de la inclusión de su nombre se generen. Además la ley sólo dice que *quedará responsable a favor de las personas que hubieren contratado* con ella. Así, en ese caso la responsabilidad se limitará a los perjuicios que el tercero hubiese causado como consecuencia de la inserción de su nombre en la razón social. Dichos perjuicios serán regulados como regla general en el Código Civil. Por último, al no tener el tercero entera el carácter de socio, no podría aplicársele la responsabilidad solidaria que expresa el artículo 370 del Código de Comercio.

En cuanto a la responsabilidad del tercero que autoriza la inserción de su nombre en la razón social de una sociedad extraña, ¿puede al momento de dar esa autorización limitar su responsabilidad, o ha de responder de todos los perjuicios causados?

Por lo pronto, se trata en este caso de una responsabilidad legal, responsabilidad que el código establece en atención a la apariencia que crea en el tercero contratante la inserción de un nombre ajeno en la razón social. Por consiguiente, si éste tercero desconoce dicha circunstancia, constituiría un despropósito limitar su derecho a indemnización de perjuicios al monto que los socios y el tercero que autoriza la inserción del nombre hubiesen pactado. Más aún cuando jurídicamente le sería inoponible por falta de concurrencia.

¿Qué ocurre en el caso de disolución de la sociedad si se incluye en la razón social el nombre de un tercero?

Si la sociedad se disuelve, hay que cuidar de no caer en la infracción del artículo 367 del Código de Comercio, esto es, si luego de disuelta la sociedad se hace uso de la razón social, ello constituye un delito de falsedad, y la inclusión en aquella del nombre de una persona extraña, constituye una estafa, que se castigará conforme las normas del Código Penal.

Existen ciertas precisiones que hacer respecto de esta norma, pues no por el sólo hecho de que se disuelva la sociedad, desaparece su personalidad jurídica. Así como los causantes “sobreviven” a través de sus herederos, las sociedades disueltas “superviven” para cumplir con sus obligaciones. Por eso se habla de sociedades en liquidación y no se habla de un cuasicontrato de sociedad.

A un liquidador, si bien es cierto que la ley le encarga determinar el activo, determinar el pasivo, realizar los bienes y con su producto pagar las deudas sociales, restituyendo el remanente a los socios, no es menos cierto que nada puede ser tan exacto o mecánico, que de un día para otro pueda paralizarse la vida de la sociedad, pues ella tiene negocios en marcha, operaciones pendientes, contratos por cumplir y derechos por exigir.

Por ello para efectos de evitar las consecuencias de la aplicación del artículo 367 del Código de Comercio, resulta necesario agregarle a la razón social de la sociedad disuelta las palabras “*en liquidación*”.

El uso de la razón social

Las preguntas fundamentales que dilucidaremos en relación al uso de la razón social, son las siguientes:

- ¿Quién puede hacer uso de la razón social?
- ¿Quién puede actuar por la sociedad?
- ¿Quién puede valerse del nombre de la sociedad para contratar con terceros?
- ¿Quién puede tomar el título de la sociedad en la celebración o restitución de un contrato o acto determinado?
- ¿Quién tiene personería para actuar por la sociedad?

Previo a responder estas interrogantes, resulta fundamental determinar qué se entiende por *usar o hacer uso de la razón social*.

Nuestra jurisprudencia, fundada en el artículo 352 N°3 del Código de Comercio, ha distinguido como elementos independientes o separados a la administración del uso de la razón social.

Esta norma dice que la escritura social debe expresar los socios encargados de la administración y de la razón social.

Aparecen así dos alcances en esta norma:

1. **La Gestión Interna** es aquella que se agota en el interior de la sociedad, comprendiendo la vida propiamente doméstica de ésta. Es decir, dice relación con los actos que no se proyectan al exterior. Por ejemplo, el que uno de los socios proponga un negocio y los otros se opongan a éste. Se debe producir una deliberación entre los socios, siendo el concurso de dichos socios quienes deciden si efectúan o no el negocio propuesto.
Esto es de lo que nos habla el código de comercio en los artículos 388, 389, 390, 391. A su vez, en el artículo 487 del Código de Comercio encontramos un reflejo del significado de la gestión interna, cuando a propósito de la sociedad en comandita simple, señala que no son actos de administración por parte de los socios comandatarios, N° 3, el consejo, examen, inspección, vigilancia y demás actos interiores que ocurran entre los socios, siempre que no traben la libre y espontánea acción de los gestores.
2. **La Gestión Externa** surge a la vida desde que existe una relación de la sociedad con las demás personas, con quienes ella deberá ejecutar los actos y celebrar los contratos tendientes al cumplimiento del objeto social.
Esta gestión externa significa que la sociedad ha de emerger al campo de la realización de los negocios con terceros para poder cumplir con el fin que llevó a los socios a la celebración del contrato.
Esta gestión externa aparece debidamente regulada por el legislador en los artículos 370 a 374 del Código de Comercio.
La facultad de administrar, supone por ende el derecho de actuar por la sociedad no sólo en la fase interna, sino también en la externa. Así, la administración es el género y el uso de la razón social es la especie.

¿Puede una persona nombrarse administrador y privarse del uso de la razón social?

En rigor jurídico es posible, pero ello sería confiarle al administrador de un empeño o mandato *insustantivo*. Porque como lo que le interesa a la sociedad es actuar en la vida del derecho a través de un representante, y justamente dicho representante no puede actuar en dicha fase externa, el encargo

resulta inconsistente. Serían estas labores de un dependiente (al actuar solamente como colaborador de los mandantes “socios” de la sociedad y bajo su dirección inmediata).

Para evitar todo lo anterior es que el artículo 393 del Código de Comercio, señala que la facultad de administrar trae consigo el derecho de usar la firma social.

En la práctica conviene redactar la cláusula de administración, señalando expresamente que el uso de la razón social y la administración corresponden con las facultades siguientes (.....) a los señores (.....), los cuales deberán actuar conjunta o separadamente.

¿Quiénes pueden usar la razón social? ¿Quiénes pueden tomar el título de la sociedad para contratar con terceros? ¿Quiénes tienen personería para obligar a la sociedad?

El artículo 371 del Código de Comercio nos da una regla, señalando que solo pueden usar la razón social el o los socios a quienes se haya conferido tal facultad por la escritura social, y en defecto de una delegación expresa, todos los socios podrán usar de ésta.

Esta norma tiene como fundamento el artículo 2031 del Código Civil, pues esta norma definió a la sociedad colectiva en función de la administración, al decir que esta sociedad es aquella en que todos los socios administran por sí o por delegados.

La facultad de la administración le compete a todos los socios por el hecho de formar parte de una sociedad colectiva. Este derecho inherente a la calidad de socio, puede ser ejercido personalmente o por delegado.

Así, el socio tendrá poder para usar la razón social, salvo que se le haya excluido mediante un pacto expreso establecido en la escritura social.

Un tercero, en cambio, no tiene poder para usar la razón social, salvo que se le haya expresamente conferido.

De acuerdo con esto, un socio actúa cuando usa la razón social, declarando que lo hace “por la sociedad”.

Un tercero actúa cuando se le haya conferido el uso de la razón social, declarando que lo hace “por poder de la sociedad”.

Esto se trata en el artículo 372 del Código de Comercio, al señalar que el uso de la razón social puede ser conferido a una persona extraña a la sociedad, debiendo en dicho caso el delegatario indicar en los documentos que firma, que lo hace *por poder*, so pena de pagar los efectos de comercio que hubiere puesto en circulación, toda vez que la omisión de la antefirma induzca a los terceros que los hubieren aceptado en error acerca de su cualidad. Por consiguiente, del punto de vista de la fase externa de la administración, si el delegatario no firma por poder de la sociedad, se obliga personalmente aunque exista un provecho para la sociedad con dichas obligaciones contraídas.

Efectos del uso de la razón social

El artículo 370 determina una regla importante, cual es que los socios colectivos indicados en la escritura social, son responsables solidariamente de las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social.

La situación es distinta en las sociedades colectivas civiles, pues conforme al artículo 2095 del Código Civil, si la sociedad es obligada respecto de terceros, la totalidad de la deuda se dividirá entre los socios a prorrata de su interés social, y la cuota del insolvente gravará a los otros.

En consecuencia, la solidaridad existe en las sociedades colectivas mercantiles por ley, y los socios no pueden derogarla, como lo señala a su vez el artículo 370 inciso 2º del Código de Comercio, ello en razón del objeto ilícito que entrañaría una nulidad de dicho pacto.

Si un socio paga toda la deuda social, los socios han de responder solidariamente de las obligaciones sociales, subrogándose el socio que pagó en los derechos del tercero acreedor para repetir por el exceso en contra de los otros socios, aplicando el artículo 1522 del Código Civil en relación con el 1610 N° 3, al operar la subrogación personal por el solo ministerio de la ley respecto de aquel que se ha obligado a pagar una deuda de la cual responde como deudor solidario o subsidiario.

Este tercero acreedor, ¿debe dirigirse primero contra la sociedad y luego contra los socios, o puede hacerlo indistintamente? Porque si la obligación es solidaria, sólo hay una prestación y pluralidad de deudores, pudiendo dirigirse según el 1511 y siguientes del Código Civil contra todos o cualquiera de ellos a su arbitrio por el total.

Frente a esta facultad del tercero en relación con la responsabilidad solidaria de los socios que forman parte de una sociedad colectiva mercantil, al tenor del artículo 370 existen dos tesis:

1.- La primera dice que el acreedor de la sociedad puede dirigirse indistintamente contra la sociedad y contra los socios, porque el artículo 370 no lo limita, caso en el cual, de limitarlo, estaría consagrando la solidaridad entre los socios, además que según el artículo 23 del Código Civil, lo favorable u odioso de una disposición legal no habrá de tomarse en cuenta para ampliar o restringir su significado.

2.- La cátedra sostiene la posición contraria, es decir, el acreedor debe primero dirigirse contra la sociedad y subsidiariamente contra los socios, pues el artículo 370 del Código de Comercio no hace extensivo esta solidaridad a la sociedad, sino que sólo respecto de los socios, como es el tenor expreso de la disposición.

Además porque el artículo 22 del Código Civil señala que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que exista entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. En dicho contexto se encuentra la disposición del artículo 2053 inciso 2º del Código Civil que señala que la sociedad constituye una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

La solidaridad no existe sino entre los socios, porque la ley no ha declarado expresamente que la solidaridad sea con la sociedad. Tanto más cuanto que la sociedad es una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Sin embargo, el artículo 51 de la ley 18.175, ley de quiebras, aporta un argumento en contra de la tesis de la cátedra, toda vez que la quiebra de la sociedad en que los socios responden solidariamente, trae aparejada la quiebra de los socios que la componen, haciendo abstracción de la personalidad jurídica de la sociedad, distinta de la de cada uno de los socios.

¿Cuándo hay lugar a la responsabilidad de la sociedad y consecuentemente de los socios que la comprenden?

El artículo 370 del Código de Comercio dice que los socios colectivos indicados en la escritura social, son responsables solidariamente de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo razón social, no pudiendo por pacto derogar la solidaridad.

Del examen de la norma, se puede colegir que para la aplicación de ella es menester el concurso de los siguientes requisitos:

- 1º Que se tenga poder para usar la razón social, es decir, que se tenga personería para obligar a la sociedad;
- 2º Que se contrate con terceros a nombre de la sociedad; y
- 3º Que el negocio le concierna a la sociedad.

1º Que se tenga poder para usar la razón social

Si una persona actuare por la sociedad sin poder suficiente, éste sería un gestor de negocios ajenos, es decir, un agente oficioso. En el evento de actuar como tal, se aplican las normas del cuasicontrato de agencia oficiosa, artículos 2291 y siguientes del Código Civil.

En el fondo, si se trata de la presencia de un gestor de negocios, éste agente oficioso no obliga a la sociedad, y el tercero acreedor no tiene acción contra la sociedad, sino que la derivada de la agencia oficiosa. Ella es la acción *in rem verso* que es la acción para perseguir solo el provecho que a la sociedad le hubiere reputado el acto o contrato.

El artículo 373 del Código de Comercio, inspirado en el artículo 2291 y 2094 inciso 3º del Código Civil saca la misma conclusión. Esta norma señala que el tercero no tiene acción sino solamente hasta la concurrencia del provecho que a la sociedad hubiere reportado el acto o contrato estipulado por el gestor de negocios.

La razón de estas normas que se contienen armónicamente en la legislación civil y mercantil, es sancionar la negligencia del tercero, que no tuvo el cuidado o diligencia civil y mercantil, es sancionar la negligencia del tercero, que tuvo el cuidado o diligencia de estudiar si el socio tenía o no el poder suficiente para usar la razón social.

La razón de estas normas que se contienen armónicamente en la legislación civil y mercantil, es sancionar la negligencia del tercero, que no tuvo el cuidado o diligencia de estudiar si el socio tenía o no el poder suficiente para usar la razón social.

2º Que se haya contratado a nombre de la sociedad

No basta con tener el poder o la facultad, sino que es necesario declarar que se actúa por el representado, al tiempo de ejecutar o de celebrar el acto con el tercero.

Esto es lo que se denomina *contemplatio domini*.

En consecuencia, no se obligará a la sociedad ni a los socios si falta la *contemplatio domini*, esto es si no se declaró frente al tercero con el cual se contrató que actuaba por la sociedad y no en el nombre personal de quien actuó.

En esta última hipótesis, el tercero no tiene acción contra la sociedad, ni siquiera por el provecho que le hubiere podido reportar el acto a la sociedad. Ello porque el tercero no ha sufrido ningún engaño al entender que contrataba con el tercero o el socio como persona natural y a título personal. Además porque se aplica el artículo 1448 del Código Civil, cuyo alcance determina el artículo 372 del Código de Comercio, al señalar que el uso de la razón social puede ser conferido a una persona extraña a la sociedad, debiendo en dicho caso el delegatario indicar en los documentos que firma, que lo hace *por poder*, so pena de pagar los efectos de comercio que hubiere puesto en circulación, toda vez que la omisión de la antefirma induzca a los terceros que los hubieren aceptado en error acerca de su cualidad. Por consiguiente, si el delegatario no firma por poder de la sociedad, se obliga personalmente aunque exista un provecho para la sociedad con dichas obligaciones contraídas. Es dicho efecto el que consagra el Código Civil en el inciso 1º del artículo 2094.

Así, el socio tendrá poder para usar la razón social, salvo que se le haya excluido mediante un pacto expreso establecido en la escritura social (artículo 371 del Código de Comercio). Pero un tercero, en cambio, no tiene poder para usar la razón social, salvo que se le haya expresamente conferido.

De acuerdo con esto, un socio actúa cuando usa la razón social, declarando que lo hace “por la sociedad”.

Un tercero actúa cuando se le haya conferido el uso de la razón social, declarando que lo hace “por poder de la sociedad”.

3º Que el negocio que la sociedad ha llevado a cabo, a través de quien ha actuado por ella, concierna efectivamente a la sociedad.

¿Cuándo podemos pensar que el negocio no le concierna a la sociedad?

Desde luego cuando el negocio puede estar dentro del objeto, y no concernirle a la sociedad. Por ejemplo una sociedad que solicite un crédito a un banco, un socio administrador lo contrata para la sociedad; pero el producto del crédito en vez de invertirlo en los negocios sociales, lo invierte en los negocios propios de dicho socio. Ello es posible pues por regla general los Bancos no tienen la obligación de controlar el crédito. Se da así el caso de una obligación que sería contraída por su representante, a nombre de la sociedad, pero ésta nunca percibió el dinero entregado, ni por consiguiente el beneficio que reportare. En tales circunstancias, ¿está la sociedad obligada a pagar el crédito?

Si el negocio escapase del objeto, obviamente el negocio no sería concerniente a la sociedad; pero en el ejemplo, el problema se plantea en relación a la responsabilidad de la sociedad y de los socios, planteándose en los términos de a quién se le puede formular un juicio de reproche, si al tercero que contrata o a la sociedad.

Para solucionar ello, debemos analizar dos disposiciones del código de comercio.

La primera es la norma del artículo 374 del Código de Comercio, que señala que la sociedad no es responsable de los documentos suscritos con la razón social, cuando las obligaciones que le hubieren causado no le conciernan, y el tercero los aceptare con conocimiento de esta circunstancia.

La segunda es la contenida en el artículo 404 Nº 2 del Código de Comercio, al señalar dentro de las prohibiciones de los socios, el aplicar fondos sociales a sus negocios particulares.

Artículo. 374 Código de Comercio.- “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.”

Artículo 404 Nº 2 del Código de Comercio.- “Se prohíbe a los socios en particular: (...) Nº 2 aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos de la firma social.

El socio que hubiere violado esta prohibición llevará a la masa común las ganancias, y cargará él solo las pérdidas del negocio en que invierta los fondos distraídos, sin perjuicio de restituirlos a la sociedad e indemnizar los daños que ésta sufre.

Podrá también ser excluido de la sociedad por sus consocios.”

Conforme a la primera (374 c.com), la sociedad no sería responsable de los documentos suscritos con la razón social, siempre y cuando se cumpla con dos requisitos:

Que las obligaciones que hubieren causado dichos documentos suscritos con la razón social no le conciernan a la sociedad, y

Que el tercero con quien contrate los aceptare con conocimiento de las circunstancias que no le conciernen a la sociedad.

Entonces, conforme lo expuesto y al ejemplo, la ley protege al tercero de buena fe, que fue inducido a engaño por un socio. El tercero, en este caso el Banco, puede cobrar el crédito a la sociedad, sin necesidad de probar que no tuvo conocimiento de la maniobra del socio, porque conforme el artículo 706 inciso 2º del Código Civil, la buena fe se presume. Es la sociedad la que debe probar que dicho tercero tuvo conocimiento que no le concernía el negocio de que se trata.

La ley también protege a los socios pues el artículo 404 Nº 2, prohíbe a los socios en particular, aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos de la firma social. Las sanciones que establece esta norma son que las ganancias pasan a la sociedad y las pérdidas son de cargo de él; con indemnización de perjuicios, más

la restitución de los fondos distraídos y la indemnización de daños que la sociedad sufra, sin perjuicio de poder excluir de la sociedad los demás consorcios al contraventor.

En consecuencia, la sociedad responde frente al banco, y si ésta no alcanza a pagar con sus fondos, los socios responden. Pero ello en relación a la obligación a la deuda.

Porque en relación a la contribución a la deuda, la sociedad repite contra el socio, haciéndolo a él cargar con las pérdidas, y haciéndolo pasar las ganancias a la sociedad, con indemnización de perjuicios; y con el derecho de los socios de excluir al socio del seno de la sociedad.

El Capital social

Código de Comercio (*Párrafo 3º, Título VII, Libro II, artículos 375-383*)

(*Párrafo 3º del Fondo Social y de la división de las ganancias y pérdidas en la sociedad colectiva*)

Código Civil (*Artículo 1461*)

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

Artículo 375 c.com.- “El fondo social se compone de los aportes que cada uno de los socios entrega o promete entregar a la sociedad.”

El Artículo 376 del Código de Comercio. Dice que cosas pueden ser objeto de aporte. Señala que pueden ser: el dinero, los créditos, los muebles e inmuebles, las mercedes (que se refieren a las concesiones del código de aguas), los privilegios de invención, el trabajo manual, la mera industria y en general toda cosa comerciable.

Artículo 376 c.com.- “Pueden ser objeto de aporte en dinero, los créditos, los muebles e inmuebles, las mercedes, los privilegios de invención, el trabajo manual, la mera industria y en general, toda cosa comerciable capaz de prestar alguna utilidad.”

En consecuencia se puede constituir los aportes que son dineros y bienes, con tal que sean apreciables en dinero. La apreciación en dinero la hacen los propios socios.

Se puede aportar un título de crédito, como un cheque, que tiene valor efectivo, o también aportar créditos a plazo, como son el pagaré o la letra de cambio que tienen un vencimiento aun determinado plazo; también puedo aportar otros tipos de créditos.

Por ejemplo se pueden aportar de la siguiente forma en la escritura social: “Un capital, de (\$), el cual se paga el (...)% al contado y el resto dentro de un plazo determinado, de tres años”, por ejemplo.

La ley permite que puedan los socios efectuar el aporte a plazo, es decir, a medida que las necesidades sociales lo requieran, dentro de un plazo máximo que fijen, como en el ejemplo hasta tres años.

Cuando señalamos el aportar un título de crédito, éste puede constituirse con el objeto de garantizar a la sociedad y al socio el aporte a que se ha obligado a efectuar. Ella es una garantía que tiene la sociedad de que se va a efectuar el aporte.

Si la letra de cambio tiene un vencimiento anterior a dichos tres años, no corresponde darla en pago dicha letra, pues tan solo bastaría esperar el vencimiento de ella, por que como ya comprometió el socio a efectuar el aporte, éste se cumpliría con el vencimiento y pago de la letra.

Desde el momento en que hay una obligación de parte del socio, obviamente en la sociedad y el otro socio tienen una acción en contra del socio que no ha dado cumplimiento a su obligación de aporte.

Pero no necesariamente tengo que aportar a la sociedad, porque si le aporto a ella, ésta sólo puede pagarse con ese documento y el riesgo lo asume la sociedad y no el socio.

Esto es importante, porque el riesgo, en el caso de un aporte en dominio, lo asume la sociedad, por que si no se paga el documento en la fecha de vencimiento la sociedad debe disminuir el capital como consecuencia del no pago.

¿Qué cosas no pueden aportarse?

Los oficios públicos de corredor, agente de cambio, o cualquier otro cargo que sea designado por el presidente no puede ser objeto o materia de aporte.

Forma de efectuar un aporte (2082cc)

- 1.-Aporte en propiedad, es el que transfiere la propiedad o dominio a la sociedad.
- 2.-Aporte en usufructo, es el que transfiere el uso y goce de un bien a la sociedad.

Los efectos de estos son distintos en el evento de la liquidación de la sociedad:

- a) Si se aporta en dominio en el evento de la liquidación de la sociedad no recupera el socio el bien aportado, pues éste pasa en propiedad a la sociedad.
Todos los riesgos que sufra la cosa son de cargo de la sociedad.
- b) En cambio si el aporte es en usufructo, los riesgos son del nudo propietario, no del usufructuario.
El usufructuario tiene derecho a usar y gozar de la cosa, en la forma establecida en el estatuto, además de recibir los frutos de la cosa.

El aporte en propiedad o el aporte en usufructo está regulado en los Artículos 2082 y siguientes del Código Civil. El aporte en propiedad constituye un título traslativo de dominio, mientras que el aporte en usufructo constituye un título de mera tenencia.

En el aporte en propiedad la sociedad queda liberada de la obligación de restituir en especie, y los riesgos de dicha cosa pertenecen a la sociedad.

El aportante sólo podrá exigir la restitución del valor del bien aportado en propiedad, una vez liquidada la sociedad. Antes, mientras no hay liquidación no puede pedir la restitución del valor de la cosa aportada en propiedad. A contrario sensu la sociedad se encuentra obligada a restituir en especie la cosa fructuaria, y los riesgos de la cosa son de cargo del nudo propietario. El aportante puede exigir la restitución de la cosa dada en usufructo también a la época de la liquidación de la sociedad.

Estas son las reglas generales, con excepción de determinado tipo de usufructo en donde no hay que restituir en especie, el denominado cuasiusufructo.

La oportunidad y forma para entregar el aporte se encuentra señalada en los artículos 378 y 379 del Código de Comercio.

El artículo 378 señala que los socios deberán entregar sus aportes en la época y forma estipuladas en el contrato, y a falta de estipulación, se deberá hacer en el domicilio social luego que la escritura social esté firmada.

En el evento de retardo de la entrega del aporte, sea cual fuere la causa que lo produzca, autoriza el artículo 379 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, respondiendo en uno y otro caso de los daños y perjuicios que ocasione a la sociedad.

Inembargabilidad del aporte

El artículo 380 del Código de Comercio plantea la norma que el aporte es inembargable. Señala al respecto que los acreedores personales de un socio no podrán embargar, durante la sociedad el aporte que éste hubiere introducido.

Por ejemplo una sociedad colectiva, cuyas utilidades son altas y uno de los socios es deudor personal de determinados acreedores.

Los acreedores quieren hacer efectivo sus créditos sobre la base de embargar los derechos sociales de dicho socio en la sociedad colectiva mercantil (o la de responsabilidad limitada, al ser supletorias las normas de las colectivas a ésta).

La ley dice que es inembargable el aporte, en consecuencia según algunos, son inembargables los derechos sociales que tenga el socio en la sociedad de que se trata, aplicando la tesis que del momento que se embargan los derechos sociales se embargaría el capital de la sociedad, por el crédito que le correspondería al socio respecto del capital social, crédito que formaría parte de sus derechos sociales. Dicha relación, como ya hemos

expuesto anteriormente, más que constituir una relación crediticia, constituye una relación creditoria, que sólo luego de la liquidación de la sociedad se transformará en un crédito para el socio sobre el remanente del capital social que luego del pago de las deudas sociales pudiere existir.

Pero nada le impide al acreedor personal embargar los frutos sociales.

El artículo 180 del Código de Comercio, plantea que los acreedores personales de los socios no podrán embargar durante la sociedad el aporte que este hubiese introducido, pero les será permitido solicitar la retención de la parte de interés que en ella tuviere para percibir al momento de la división social.

Tampoco podrán concurrir en la quiebra de la sociedad con los acreedores sociales, pero tendrán derecho para percibir la parte que corresponda a su deuda en el remanente de la masa concursada.

Artículo 380 del Código de Comercio.- “Los acreedores personales de un socio no podrán embargar durante la sociedad el aporte que éste hubiere introducido; pero les serán permitido solicitar la retención de la parte de interés que en ella tuviere para percibir 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.”

Administración de la Sociedad Colectiva

El artículo 385 del Código de Comercio, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2061 inciso 2º del Código Civil, establece que la administración de la sociedad colectiva corresponde de derecho a todos y cada uno de los socios, y éstos pueden desempeñarla por sí mismos o por delegados, sean estos socios o extraños.

En consecuencia, no es esencial a la sociedad el que conste la cláusula relativa a la administración y el uso de la razón social. Ello, pues en el evento que nada se estipule, rigen las disposiciones de los artículos 385 y siguientes de este código de comercio.

Consecuencia de la disposición antes citada, la administración de la sociedad colectiva mercantil recae sobre todos los socios, y puede ser ejercida por ellos mismos, de manera directa, o indirectamente mediante un delegado.

La administración por los mismos socios es regulada por los artículos 386 a 391 de Código de Comercio. A su vez, la administración por delegado es regulada por los artículos 392 a 395 del mismo cuerpo legal.

I.- Administración por todos los socios de consumo

El artículo 386 del Código de Comercio da el supuesto necesario para que tenga fuerza el principio de que los socios administren por sí mismos la sociedad, cual es el que en el contrato social no se designe la persona del administrador. El tal caso se entiende que los socios se confieren la facultad de administrar por sí mismos.

Dicha norma establece que “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 y la de obligar solidariamente la responsabilidad de todos sin su noticia y consentimiento.”

Existe en esto un *mandato tácito, legal y recíproco*. Es *tácito*, porque es en silencio de las partes, de la designación de un administrador; *legal*, pues es la ley la que deduce la propia conclusión y declara de regla; *recíproco*, porque se entiende conferido por cada socio a los demás.

El alcance de esta regla queda determinado en la segunda parte del artículo 386 del Código de Comercio, en el que se declara el efecto que produce este mandato, y se entiende que cada socio puede realizar por sí mismo actos de administración, y consecuencia de ello, cada socio puede obligar solidariamente la responsabilidad de los demás socios.

¿Qué tipo de actos puede realizar el socio, en virtud de este mandato tácito, legal y recíproco?

La respuesta la entrega el artículo 387 del Código de Comercio, al establecer una verdadera limitación al artículo 386, pues entiende que ese administrador o gestor que actúa a nombre de la sociedad, puede realizarse, en primer lugar, todos los actos que están comprendidos en el giro ordinario de aquella. Además puede realizar todos los actos que sean necesarios o conducentes a la consecución de los fines que la sociedad se propuso.

En consecuencia, incluye solo los actos de giro ordinario y los auxiliares a éste. Si quisiera actuar fuera de ellos, requeriría un poder especial.

Ejemplo de lo anterior constituye el de una sociedad que tiene por objeto social la venta de mercadería. El mandato tácito de los socios se refiere a la venta de mercaderías, pero también a su compra, a celebrar contratos de dichas mercaderías, de seguro, de cuenta corriente, de trabajo del personal y de depósito.

La norma del artículo 387 del Código de Comercio, es reiteración de la regla civil contenida en el artículo 2077 del Código Civil.

El socio administrador además, deberá abstenerse de actuar con dolo y causarle algún perjuicio a la sociedad.

Además, existen dos disposiciones relativas a ello, cuales son las de los artículos 403 del Código de Comercio y 2080 del Código Civil.

El artículo 403 señala que los administradores están obligados a llevar los libros que debe tener todo comerciante de manera conforme a las prescripciones generales, y están además obligados a exhibirlos a cualquiera de los socios que lo requiera.

Por su parte, el artículo 2080 establece que el socio administrador es obligado a dar cuenta de su gestión en los períodos designados al efecto en el acto que le confiere la administración, y a falta de designación, anualmente. La razón de ello radica en el hecho que el legislador no pudo desconocer el carácter de mandatario que tiene el administrador, debiendo, por consiguiente, rendir cuentas a la sociedad de su gestión.

En relación con los poderes que tiene el socio administrador, cabe tener presente que el poder para vender comprende el de recibir el precio, según lo dice el artículo 2142 del Código Civil, y el poder para vender no debe suponer el poder para hipotecar, según el artículo 2143 del mismo cuerpo legal. Esta última norma está excluyendo la posibilidad de pensar que el que puede lo más, puede lo menos.

A su vez, ha de considerarse la disposición del artículo 2134 del Código Civil, en cuanto que la recta ejecución del mandato, comprende los medios para llevarlo a cabo.

A.-Derecho de Oposición:

Desde el momento que cada uno de los socios se encuentra facultado para administrar la sociedad y obligar a los demás consocios solidariamente, es propio que cada socio restante pueda expresar su disconformidad respecto de los actos de administración que discurra el resto.

Así aparece el denominado derecho de oposición o disenso, que conforme el artículo 338 del Código de Comercio, es aquel que la ley le confiere a cada uno de los consocios a fin de oponerse a la consumación de los actos y contratos de administración proyectados por otro, pudiendo ejercerse hasta que dicho acto esté pendiente de ejecutarse y mientras no haya producido efectos.

Conforme lo anterior, el disenso puede ejercerse siempre que se trate de actos de administración y no de mera conservación de las cosas comunes, pues esas medidas conservativas no admiten espera. A su vez, puede ejercerse este derecho de oposición respecto de los actos de disposición que se encuentren incluidos dentro del giro social, como parte de dicho círculo de operaciones. Así lo señala el artículo 388 del Código de Comercio y lo explicita el 390 del mismo cuerpo legal, al expresar que “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”.

Este derecho de oposición puede ejercerse hasta que el acto esté pendiente de ejecutarse y mientras no haya producido efectos. Así lo establece el artículo 2081 N°1 del Código Civil.

Efectos del derecho de oposición

El Código Civil no regula los efectos de la oposición de uno de los socios; se limita en el artículo 2081 N°1 a establecer, por una parte dicho derecho, y por la otra, la oportunidad en que ha de ser éste ejercido. Se plantea así la duda si el derecho de veto de un socio es absoluto, de manera que el acto no puede ejecutarse o si, por el contrario, prevalece el criterio que determine la mayoría.

Todo lo anterior fue zanjado por el Código de Comercio, al estatuir en su artículo 389 el efecto de este derecho.

Este derecho de oposición tiene, en cuanto a su ejercicio, un claro sentido individual, pues cualquiera de los socios lo puede ejercer, no requiriendo una mayoría determinada para tal ejercicio; sin embargo, para decidir si definitivamente se realizará o no el acto (proyectado por otro consocio al cual se está oponiendo), es necesario consultar a la mayoría social.

Concordante con lo anterior, y para que éste derecho individual produzca el resultado práctico que efectivamente se busca, si un socio deduce oposición, se produce la suspensión provisional de la ejecución del acto o contrato hasta que decida la mayoría numérica de los socios.

Así lo señala el artículo 389, conforme al cual “La oposición suspende provisoriamente la ejecución del acto o contrato proyectado hasta que la mayoría numérica de los socios califique su conveniencia o inconveniencia.”

Si resulta de las deliberaciones de la sociedad, que existen dos o más pareceres, que no tengan la mayoría absoluta, esto es si existe un empate o la posición del socio que proyectó realizar el negocio, no obtiene dicha mayoría, deberá éste abstenerse de llevarlo a efecto. Así lo establece el inciso 2º del artículo 390 del Código de Comercio.

Cabe destacar que el artículo 389 del Código de Comercio, requiere para determinar como conveniente o inconveniente la oposición de uno de los socios, a la mayoría numérica, esto es, al número de socios, sin atender

a su interés social, lo que es lo mismo, su participación en el capital. Este sería el único caso en las sociedades de personas que la mayoría numérica, actuaría independientemente de la participación en el capital social.

¿Qué ocurre si el socio lleva a efecto el acto contra el parecer de esa mayoría?

La respuesta la señala el artículo 391 del Código de Comercio, en virtud del cual debemos distinguir si el tercero con quien el socio llevó a efecto el acto o contrato, a pesar del parecer de la mayoría, se encontraba de buena o mala fé. dicha norma establece que “si a pesar de la oposición se verificare el acto o contrato con terceros de buena fe, los socios quedarán obligados a cumplirlo, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizados por el socio que lo hubiere ejecutado”.

Consecuentemente, respecto de terceros de buena fé responde la sociedad a pesar que la mayoría numérica de los socios lo haya calificado de inconveniente, pues el derecho de oposición constituye una deliberación interna de la sociedad, y por tanto le es inoponible al tercero.

Pero si el tercero está de mala fé, es decir, aquel que tuvo conocimiento de la oposición, la sociedad no responde.

No obstante responder la sociedad al encontrarse de buena fe el tercero, ésta tiene derecho a ser indemnizada por el socio que lo hubiere ejecutado.

¿Cómo sabemos si estamos en presencia de terceros de buena o mala fe?

La buena o mala fe va a estar expresada por la ausencia del conocimiento de la oposición. En la práctica, para demostrar la existencia de dicho conocimiento, conviene previamente a la consumación del acto, notificar al tercero de la oposición que fue acogida por la mayoría social, sino se notifica será difícil determinar la buena o mala fe del tercero, y en tal caso será considerado como un tercero de buena fe, y responde la sociedad para con este.

II.- Administración por delegado

El Código Civil se ocupa de esta materia en los artículos 2071 a 2074.

Conforme a ellos, los delegados pueden ser socios o extraños, los cuales pueden designarse ya sea en el pacto social o en pactos posteriores.

En concepto de don Andrés Bello, la designación de un socio como administrador en el pacto social importa un elemento esencial del contrato de sociedad. Así lo señala el inciso 2º del artículo 2071 del Código Civil. Sería, por consiguiente, de esa clase de elementos que sirven de motivo fundamental para la celebración del contrato social. Para efectos de singularizar esta hipótesis, habla del llamado *gerente estatutario*, que lo diferencia del administrador corriente.

El gerente estatutario es el socio, designado como administrador en el pacto social.

En cambio es *mero administrador*:

El tercero extraño nombrado como tal o;

Si se nombra a un socio como administrador; pero en un pacto posterior; o

Si el socio es nombrado como administrador en el pacto social, pero le quita a dicha cláusula el carácter de esencial.

A.-Esto tiene importancia, pues de ello depende la vida de la sociedad, conforme lo establece el artículo 2072 inciso 2º del Código Civil.

1.-Según dicha norma, el socio a quien se le ha conferido la administración por el acto constitutivo de la sociedad, esto es, el gerente estatutario, no puede renunciar o ser removido de su cargo. Excepcionalmente podría renunciar si ésta se funda en una causa prevista en el pacto social, o si la renuncia fuere aceptada unánimemente por todos los socios. Además podría ser removido por una causa prevista en el propio contrato social, o por causa grave, entendiéndose por tal la que le haga indigno de confianza o por generarse una incapacidad sobreviviente que le impida administrar útilmente.

Pueden darse, por consiguiente, dos situaciones: si el gerente estatutario renuncia o es removido justificada o injustificadamente.

a) Si renunciare o fuere removido por causal infundada, es decir, fuera de los casos que la ley considera justa la renuncia o admisible la remoción, la dimisión o separación del gerente estatutario acarrea la disolución de pleno derecho de la sociedad.

La razón que tuvo en vista el legislador para establecer este efecto en el inciso 3º del artículo 2072 del Código Civil, que radica en el hecho que si se nombró un socio administrador en el pacto social y no se privó del elemento esencial que su designación conlleva, quiere decir que la sociedad se formó en el entendido que iba a administrar dicha persona y no otra.

b) Si la renuncia o remoción del gerente estatutario se llevó a cabo legalmente, esto es, basada en una justa causa de renuncia o un justo motivo de remoción, se plantea el problema de si puede o no suplirse al administrador, y en el evento de ser afirmativo, cómo ha de hacerse. Ello lo resuelve el artículo 2073 del Código Civil.

2.- Si no se trata de un gerente estatutario, conforme el artículo 2074 del Código Civil, su renuncia o revocación quedará sujeta a las reglas generales del mandato, pudiendo, por consiguiente renunciar (produciendo efectos ésta desde que transcurra el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados, conforme el artículo 2167 del Código Civil) o ser removido (por la renovación arbitraria del mandante, conforme el artículo 2165 del Código Civil, produciendo efectos desde el día que el administrador haya tomado conocimiento de ella). En ambos casos termina el mandato, más no se disuelve la sociedad.

B.-Derecho de Oposición:

Conforme el legislador civil, cuando existe nombrado un administrador, sea gerente estatutario o mero administrador, existe el derecho de oposición de los socios, siempre y cuando dicho derecho se ejerza por la mayoría de los socios. En consecuencia conforme lo dispone el artículo 2075 del Código Civil, este derecho de oposición no es un derecho individual, sino que colectivo.

Artículo 2075 : *“El socio a quien se ha conferido la administración por el contrato de sociedad o por convención posterior, podrá obrar contra el parecer de los otros; conformándose, empero, a las restricciones legales, y a las que hayan impuesto en el respectivo mandato.*

Podrá con todo, la mayoría de los consorcios, oponerse a todo acto que no haya producido efectos legales”.

En la sociedad colectiva mercantil, la única norma que se refiere al derecho de oposición en el caso de nombrar un administrador, es el artículo 400 del Código de Comercio.

Conforme esta disposición, el administrador nombrado por una cláusula especial de la escritura social puede ejecutar, a pesar de la oposición de sus consorcios excluidos de la administración, todos los actos y contratos a que se extienda su mandato, con tal que lo verifique sin fraude.

Esto significa que si se nombra un gerente estatutario, no existe derecho de oposición, salvo que exista dolo por parte del gerente. Desde que esta norma se aplica solamente al gerente estatutario, si se trata de un mero

administrador, se le aplicaría supletoriamente la norma civil del artículo 2075, existiendo, por consiguiente, el derecho colectivo de oposición.

Si bien conforme el inciso 1º del artículo 400 del Código de Comercio no existe derecho de oposición, el inciso 2º les da a los socios un derecho que puede resultar ser más enérgico que la oposición, al plantear que la mayoría de los consocios tienen, en el evento de producirse perjuicios manifiestos a la masa común, el derecho ya sea de nombrarle al gerente estatutario un coadministrador, o solicitar la disolución de la sociedad.

En la práctica se acostumbra que antes de usar alguna de estas medidas, se nombre un interventor que tenga especialmente conocimientos de auditoría.

III.- Facultades de los Administradores

Los administradores podrán gestionar la sociedad con las facultades que les confieren los artículos 393, 394 y 402 del Código de Comercio y 2077 del Código Civil.

Conforme el artículo 393 del Código de Comercio, la facultad de administrar, trae consigo el derecho de usar la firma social. Ello implica tener *personería* para obligar a la sociedad frente a terceros.

A su vez, para determinar las facultades de administración, hay que distinguir si existe o no título y cuál es este, según los artículos 394 y 402 del Código de Comercio.

1) El artículo 394 señala el caso del delegado con título, esto es, al cual, al momento de nombrarse le se le confieren las facultades correspondientes. En este caso, el delegado tendrá únicamente las facultades que designe su título. En síntesis, reitera la norma contenida en el artículo 2077 del Código Civil, la cual dispone que *“el socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato, y en lo que éste callare, se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ella”*.

2) El artículo 402 regula el caso del delegado sin título, esto es, si se nombra un administrador y no se le confieren expresamente las facultades. En tal caso, el delegado será considerado como simple mandatario, y no tendrá otras facultades que las necesarias para los actos y contratos enunciados en el artículo 387.

En otros términos, aplica la misma regla del artículo 387 de Código de Comercio, esto es, podrá realizar *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*.

IV.- Extralimitación de funciones

Si el administrador se extralimita en sus funciones, el artículo 394 del Código de Comercio dispone que el delegado responderá de todos los daños y perjuicios que irroque a la sociedad.

Sin embargo, queda latente la pregunta ¿Quién responde, la sociedad o el administrador?

Si el delegado hubiere actuado a nombre propio sin declarar que actuaba por la sociedad, evidentemente se obliga personalmente, pues el tercero entendió que estaba contratando con el delegado y no con la sociedad, aplicando la regla del artículo 372 del Código de Comercio, en relación con el artículo 2094 del Código Civil.

Pero si el delegado hubiese antepuesto su firma a la razón social, es decir, hubiese contratado a nombre de la sociedad, y así lo declaró al momento de ejecutar el acto o celebrar el contrato, pero excediéndose de sus facultades, armonizando los artículos 373 del Código de Comercio, 2094 y 2079 del Código Civil, resultará el delegado responsable del acto o contrato, y la sociedad no deberá responder, sino hasta la concurrencia del provecho que le hubiese reportado el acto o contrato, a fin de evitar el enriquecimiento sin causa.

La sociedad resultaría obligada si ratifica el acto que ha ejecutado el administrador, por el cual se ha extralimitado.

O bien, también se obligaría la sociedad, si el delegado por imperiosa necesidad se hubiere extralimitado de su mandato, y su gestión le hubiere sido útil a la sociedad. Aplicamos para ello el artículo 2290 del Código Civil, respecto de la agencia oficiosa.

Las facultades de los administradores pueden ser clasificadas en:

Facultades Judiciales, y
Facultades Extrajudiciales.

1. Facultades Judiciales

Conforme lo señala el artículo 398 del Código de Comercio, los administradores tienen la representación legal de la sociedad en juicio, sea que ella obre como demandante o como demandada.

Esta norma ha de relacionarse con lo dispuesto en el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil en virtud del cual, se entiende autorizados para litigar a nombre de la sociedad, y con las facultades del inciso 1º del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, el gerente o administrador de las sociedades civiles o comerciales, no obstante cualquiera limitación establecida en los estatutos sociales.

Pero requerirán de un poder especial estos gerentes para las facultades estatuidas en el inciso 2º del artículo 7, esto es, las facultades de desistirse en primera instancia de la acción deducida, aceptar la demanda contraria, absolver posiciones, renunciar los recursos o términos legales, transigir, comprometer, designar árbitros arbitradores, aprobar convenios y percibir.

2. Facultades Extrajudiciales

En cuanto a la representación extrajudicial, necesitan de un poder especial los administradores, según el artículo 395 del Código de Comercio:

- a) Para vender bienes raíces por naturaleza y destinación.
- b) Para hipotecar esos bienes raíces, para alterar la forma de aquellos; y
- c) Para transigir y comprometer los negocios sociales de cualquier naturaleza que fueren.

También requieren de un poder especial, aplicando las reglas generales,

- d) Para empeñar bienes muebles de acuerdo a las normas del artículo 2078 del Código Civil.
- e) Para delegar el encargo, de acuerdo con el artículo 404 Nº 3, en relación con el artículo 261, ambos del Código de Comercio (porque el mandato mercantil no es delegable, a diferencia del civil y judicial, que sí lo son);

Evidentemente, no se necesita un poder especial en el caso de la letra a), si se trata de una sociedad inmobiliaria, al ser el giro social la venta de bienes raíces.

Además, no necesitan los administradores poder especial para contratar mutuos, porque se entiende que es indispensable contar con préstamos para financiar las operaciones de la sociedad.

Tampoco requieren dicha autorización para satisfacer necesidades urgentes de la sociedad, como el abrir cuentas corrientes, pagar deudas o cobrar créditos sociales.

¿Puede un administrador tomar el título de la sociedad para formar otra sociedad?

Ello implica que el administrador incorpore la sociedad dentro de otra sociedad que el forma.

La solución se encuentra en las normas ya referidas de los artículos 394 y 402 del Código de Comercio, en relación con el artículo 2077 del Código Civil. Según estas normas ha de atenderse al giro social, pues si la sociedad para poder cumplir con su giro social necesita formar otras sociedades, como subsidiarias, filiales, o coligadas, podrá hacerlo, pero porque sus poderes se miden en función del giro de la sociedad.

¿Podría el administrador constituir a la sociedad que administra, como fiadora o codeudora de obligaciones personales?

No, porque dicha hipótesis constituye un caso de auto-contratación, que conforme los artículos 412, 2144 y 2145 del Código Civil y 271 del Código de Comercio, requiere autorización expresa.

El administrador no transmite su poder a sus herederos. Así lo establece el artículo 401 del Código de Comercio. Si se nombran dos administradores, ellos actúan separadamente, salvo que se estipule lo contrario en el contrato social. Así lo establece el artículo 2076 del Código Civil.

Si un tercero le debe simultáneamente al administrador y a la sociedad y dicho tercero le entrega al administrador una cantidad inferior a suma de ambas deudas, ¿ A quién imputa el pago el administrador, a su crédito personal o el crédito social?

Conforme el artículo 2092 en relación al 1596 del Código Civil, si se le debe a la sociedad y al socio administrador, el pago hecho se imputa según lo que disponga el deudor; si él no ha hecho la imputación, se imputará por el acreedor en la carta de pago a las dos deudas, a prorrata, salvo que la imputación sea hecha en perjuicio del socio administrador, en cuyo caso se está a lo dispuesto en dicha carta.

Obligaciones del administrador con la sociedad

- 1.-Debe abstenerse de actuar con dolo y causarle perjuicios a la sociedad.
- 2.-Conforme el artículo 403 y 25 ambos del Código de Comercio, los administradores están obligados a llevar libros de contabilidad, y a exhibirlos a cualquiera de los socios que lo requieran.
- 3.-Según lo dispone el artículo 2080 del Código Civil, el administrador se encuentra obligado a dar cuenta de su gestión en los períodos designados al efecto por el acto que le confiere la administración, y a falta de designación, anualmente. Esta norma no pudo desconocer el carácter de mandatario que tiene el administrador, y por consiguiente, ha de rendirle cuentas a la sociedad de su gestión.
- 4.-Por la misma razón anterior, ha de tenerse presente las disposiciones de los artículos 2142 y 2143 del Código Civil en cuanto a que el poder especial para vender, comprende la facultad de recibir el precio, pero la facultad de hipotecar no comprende la de vender, ni viceversa, excluyendo la posibilidad de pensar que quien puede lo más, puede lo menos.
- 5.-En cuanto a la ejecución del negocio social, cabe tener presente que conforme el artículo 2134 del Código Civil, la recta ejecución del encargo comprende no solo la sustancia del negocio, sino también los medios para llevarlo a cabo.

Prohibiciones a que están sujetos los Socios

Estas prohibiciones son aplicables únicamente a las sociedades de personas; no se conciben respecto de las sociedades de capital. Se encuentran enumeradas en el artículo 404 del Código de Comercio.

1.-Prohibición de extraer del fondo común mayor cantidad de la asignada para sus gastos particulares

En tales circunstancias, la mera extracción autoriza a los consocios a optar por:

- Exigir el reintegro de los fondos; o
- Extraer una cantidad proporcional al interés que cada uno de ellos tenga en la masa social.

Esta última solución resulta un contrasentido, con lo dispuesto en el artículo 2070 del Código Civil, esto es, que para efectos de la división de las ganancias y pérdidas, ha de estarse al resultado final de las operaciones sociales, y no a una o varias operaciones aisladas, protegiendo la integridad del capital social y denotando, además, la relación meramente creditoria que tiene el socio respecto de la sociedad. Por consiguiente, si la norma busca evitar los retiros por una cantidad superior a la pactada, ¿Por qué ha de permitirse retiros que en conjunto serán superiores que lo prohibido, viendo por ello la sociedad disminuidos sus ingresos, y adoptando los demás socios la misma actitud que el socio infractor?

2.- Aplicar los fondos comunes a su negocios particulares y usar en éstos la firma social o razón social

Esta disposición, ya analizada a propósito del uso de la razón social, en cuanto a que se entiende por obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social, especialmente por lo dispuesto en el artículo 374 del Código de Comercio, configura una norma de protección de los socios que, en caso de infracción por uno de ellos, faculta a los demás a exigir del infractor lo siguiente:

- A entregar a la sociedad las ganancias que obtenga
- Si existen pérdidas, a asumirlas él solo
- A restituir a la sociedad los fondos distraídos.
- A indemnizar a la sociedad por los daños que le provoque la distracción de fondos; y
- A excluirlo de la sociedad.

En definitiva, la sanción a esta prohibición resulta más grave que la establecida a la extracción mayor de fondos, toda vez que existe una distracción de fondos dolosa por parte de un socio que configuraría un ilícito penal.

3.-Ceder a cualquier título su interés en la sociedad y hacerse sustituir en el desempeño de las funciones que le correspondan en la administración

El establecimiento de esta prohibición se debe al carácter *intuitu personae* que tiene el contrato de sociedad, no siendo indiferente a los demás socios ni a los terceros interesados el que un socio ceda su calidad de tal. Se requiere por consiguiente, de la autorización unánime para ceder los derechos sociales, lo que importa una modificación del pacto social.

Por el tenor literal de la disposición, abarcaría a las sociedades de personas, toda vez que no las excluye. Si es así, ¿se pueden ceder los derechos sin autorización de los demás consocios? Conforme el tenor literal de la disposición de los demás consocios? Conforme el tenor literal de la disposición del N° 3 del artículo 404 no podría. Por último, si de hecho se efectuase, el adquirente nunca podría ejercer los derechos sociales, al no ser el titular de ellos que consta en la escritura social.

4.- 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

Los artículos 404 N° 4, 405, 406 del Código de Comercio establecen la obligación de competencia leal con la sociedad, resolverse con efectos retroactivos¹². Además de terminar el contrato de sociedad, se origina la obligación de liquidar o partir el patrimonio social, para lo cual ha de determinarse primeramente el activo social, a través del inventario y tasación de los bienes que lo conforman; seguidamente ha de determinarse el pasivo social, procediendo a su pago; y por último, si existiere remanente, ha de repartirse éste entre los socios. Estas operaciones son realizadas ya sea por un mandatario de la sociedad en liquidación, como es el liquidador tratándose de las sociedades colectivas mercantiles; o por un juez árbitro en el caso de las sociedades colectivas civiles.

¹² Puelma A., Alvaro. *Sociedades*, 1ª edición 1996, tomo I, página 348.

Disolución de las Sociedades Colectivas

Conforme lo señala el artículo 407 del Código de Comercio, la sociedad colectiva se disuelve por los modos que determina el Código Civil.

Dichas causales podemos clasificarlas conforme a los siguientes criterios¹³:

- 1.-Según si las causales están contenidas en la ley o los estatutos, *causales estatutarias o legales*.
- 2.-Según la forma como se producen sus efectos entre los socios, causales:
 - a) *Que operan ipso jure*, al ocurrir el presupuesto de hecho de la disolución;
 - b) *Que dan derecho a los socios a hacerlas valer*, que dan derecho a los socios a hacerlas valer;
 - c) *Que surten efecto cuando la resolución judicial que las homologue, y que surten efecto cuando la resolución se encuentra ejecutoriada*;
- 3.-Según cómo y cuándo producen efecto respecto de terceros las diversas causales de disolución,
 - a) *Si produce efectos inmediatos*, respecto de terceros, como la expiración del plazo estatutario; o
 - b) *Si produce efectos luego de cumplir con ciertos trámites de publicidad* para ser oponibles a terceros.

Por su parte el jurista francés Ripert¹⁴ clasifica las causales de disolución de sociedad mercantil, de acuerdo a la naturaleza de éstas, distinguiendo entre 3 que son:

- 1.-Causales que importan la falta de un elemento esencial;
- 2.-Causales que dependen de la voluntad de los socios:
 - a) Plazo
 - b) Condición
 - c) Renuncia
 - d) Consentimiento del resto de los socios
- 3.- Causales que afectan a la persona de un socio:
 - a) Muerte de un socio.
 - b) Incapacidad sobreviniente.
 - c) Insolvencia de un socio.

Para que la disolución produzca efectos respecto de terceros, hay que tener presente el artículo 1114 del Código Civil y 360 del Código de Comercio.

¹³ Puelma A., Alvaro. Ob. Cit. , página 351.

¹⁴ Ripert, Georges. *Tratado Elemental del Derecho Comercial*, 1952, Tomo II, págs. 93 y siguientes.

Causales de disolución de la sociedad

Podrán agregarse las causales de disolución de la sociedad, de diferentes puntos de vista, pero nosotros distinguiremos dos clasificaciones generales.

I. Por Voluntad de los Socios

- **Voluntad unánime:** artículo 2107 – Mutuo disenso.
- **Voluntad de la Mayoría:** artículo 2101 – Falta de aporte (exclusión)
- **Voluntad de un socio:** artículo 2108 – Renuncia del socio.

II. Sin Voluntad de los Socios

- **Muerte de un socio**(2103)
- **Incapacidad sobreviviente** (2106)
- **Extinción de los bienes sociales en su totalidad** (2100 inciso 1º, 2ª parte)

III. Ipso iure o de Pleno Derecho

La disolución opera en forma automática, desde que ocurre el hecho en que se funda la causal.

Ejemplos:

- La expiración del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria prefijado para la duración del contrato (2098)
- Conclusión del negocio para que fue contratado (2099)
- Muerte de un socio.
- Renuncia o remoción del Gte. Estatutario fuera de los casos previstos o establecidos por la ley (2072)
- Destrucción del total de los Bienes Sociales (2100)

Cuando la causal disuelve la sociedad de pleno derecho, no se requiere declaración judicial previa, pero si el hecho es discutible, en el sentido de si efectivamente acaeció, si se produjo o no la causal disolutiva de la sociedad, se requerirá de un pronunciamiento judicial; pero el fallo que afirme que la causal se produjo será meramente declarativo y se limitará a otorgar un certificado de defunción y operará sus efectos desde que haya ocurrido el hecho causante de la disolución.

Distinta es la situación cuando la disolución se produce por decisión del Tribunal, caso en el cual el Juez apreciará si el hecho es suficiente o no para disolver la sociedad, si tiene o no mérito de servir como causal, pues en este evento el juez “bastantea la causal”, la pondera para determinar sus efectos. Aquí la sentencia judicial crea una situación nueva, es una sentencia constitutiva, no declarativa y operará sus efectos no desde que el hecho haya ocurrido, sino desde que el hecho ya ocurrido tiene el mérito de disolver la sociedad y ese efecto se produce desde que le fallo queda ejecutoriado. El efecto es para el futuro, no para el pasado.

Caso típico de esta situación de hecho:

- Insolvencia de la sociedad, prevista al comienzo del artículo 2100 Código Civil además:
- Destrucción parcial del objeto (2100 cc inciso 2º)
- Incumplimiento del aporte (2101 cc)

Análisis de Causales

1.-Vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutive ordinaria

De acuerdo al inciso 1º del artículo 2098 del Código Civil la disolución se produce “**Ipsa iure**”.

Excepción: Los socios pueden impedir la disolución, acordando la prórroga, 2098 inciso 2º Código Civil, siempre que ocurran 3 requisitos:

- Unanimidad de los socios.
- Antes del vencimiento, de lo contrario, estarían constituyendo una nueva sociedad al hacer expirado lo anterior.
- Identicas formalidades que para la constitución (350 inc.2º Código de Comercio)
Contra-excepción: Respecto de las formalidades: Cláusula de prórroga automática (350 inc. 2º Código de Comercio).
Estipulación: v.gr. Plazo se renovará automáticamente por períodos iguales al de su duración (3 años, por ejemplo) a menos que uno o varios de los socios manifiesten su voluntad de ponerle término con (v.gr. seis meses de anticipación. La voluntad así deberá expresarla por:
 - Escritura Pública
 - Anotada al margen de la inscripción social
 - Con la anticipación supradicha.

¿Qué ocurre si no se ha fijado plazo para la duración de la sociedad?

Rige el artículo 2065, si el negocio no es de duración limitada, se entenderá contraída por la vida de los asociados.

¿Qué ocurre al renovarse la sociedad con las personas que hayan constituido prendas, fianzas, hipoteca para garantizar las obligaciones sociales?

Cesan de garantías o continúan (2098 inc. F). No hay una nueva sociedad, lo que significa que no hay novación, pero al ampliarse el plazo, cesan (1649-2098, inc. 3º); la responsabilidad solidaria de los socios subsistirá pues la ley la impone.

2.-Conclusión del negocio

(2099 Código Civil) se atiende al giro

Objeto específico:

Construir un edificio y venderlo por pisos o deptos.

La situación se complica si se fija un plazo.

La regla es que la sociedad se disuelve por lo que primero ocurra.

Se disuelve:

El plazo vence y el negocio está pendiente. (inc.2º,2099).

El plazo está pendiente y el negocio concluyó. (inc.1º,2099).

¿Puede establecerse una sociedad sin género determinado de comercio?

SI, artículo 352 Nº 5, en relación con el artículo 404 Nº 4, inc. 2º.

3. Extinción de los Bienes que forman el objeto en su totalidad (artículo 2100, inc. 1º, segunda parte)

- Pérdida Jurídica: Caduca la concesión fiscal para explotar un inmueble ubicado en un bien nacional. v.gr. El fundo que se aporta es reivindicado por un tercero.
- Destrucción Física: El bien social es destruído por un siniestro (incendio, terremoto, naufragio).

Para que ocurra la disolución se requiere la extinción total de los bienes sociales (artículo 2100).

Si la pérdida es parcial, no se produce la disolución pero los socios podrán pedir la disolución = “Si con la parte que resta, no puede continuar útilmente.”

Ligado íntimamente a esta situación, se encuentra el caso consagrado en el artículo 2102 (leer inciso 1º)

Esta disposición contiene una excepción al caso de extinción parcial y es la consignada en el inc. 2º del artículo 2102, que dice que: “*Si parece la cosa aportada en usufructo, se disuelve la sociedad, a menos que a) el socio aportante la reponga, b) determinen continuar la sociedad.*”

Esta es una situación especial, que se explica porque todo socio debe aportar algo a la sociedad.

En el aporte en propiedad, se cumple la obligación con la tradición, que es el pago del aporte. Allí se agota la obligación.

En el usufructo, la cosa se entrega para el goce, a título de mera tenencia y si la cosa se pierde, deja la sociedad de tener el provecho y el socio queda sin completar o hacer el aporte. El aporte consiste en el goce y el goce es sucesivo, permanente, se aprecia por el aprovechamiento de ese goce y ello se logra por todo el tiempo prefijado para tal goce. El tasarse el aporte, se tuvo en cuenta el goce, por el tiempo completo.

Hay otras diferencias: Restitución, riesgos de la cosa (además artículo 1150 del Código Civil)

4. Incumplimiento de la obligación de aportar

Esta causal no opera de pleno derecho, porque el artículo 2101 que la consagra es una simple confirmación del artículo 1489, que tampoco opera “Ipsa iure”, por lo demás, el artículo 2101 lo da a entender al decir que: “Tendrán derecho los otros socios para dar la sociedad por disuelta”, si no optan por la disolución, podrán obligarlo a efectuar el aporte con indemnización de perjuicios. Artículo 2083.

El Código de Comercio les concede a los consocios el derecho de excluir al socio moroso (379). Efecto práctico de la condición resolutoria.

Por no operar de pleno derecho, se da el caso que el socio puede enervar la demanda enterando el aporte durante el pleito, la excepción del pago deberá constar en un antecedente por escrito: antes de la citación para oír sentencia en primera instancia o de la vista de la causa, en segunda (370 c.p.c); salvo pacto comisorio calificado: Regido en la c/v, artículo 1877 “Puede enervar la demanda pagando, a las 24 horas de notificada la demanda.”

5. Insolvencia de la Sociedad (2100 inc. 1º)

¿Qué se entiende por insolvencia?

Es un estado de hecho a que se ve afecta una persona natural o jurídica como consecuencia de tener más deudas en el pasivo que bienes en el activo = Se produce una incapacidad de pago impuesta por una situación de hecho. En un caso así la ley da derecho a los socios para disolver la sociedad, cuanto más si los socios responden en forma ilimitada: se exponen a perder los bienes aportados y su propio patrimonio personal; no opera sino por declaración judicial.

No es lo mismo insolvencia que quiebra

La quiebra es una situación de derecho, que requiere ser declarada judicialmente y que tiene por objeto realizar todos los bienes del deudor para pagarles a todos los acreedores en un solo juicio colectivo (artículo 1º) (artículo 52 = la resolución que declare la quiebra...) Las causales de quiebra están calificadas por la ley y no denotan en sí un estado de insolvencia. Puede una persona verse arrastrada a una quiebra y ser insolvente, si no tiene liquidez de pago...La quiebra no necesariamente causa la disolución, los bienes que sobran son del deudor – desasimiento no afecta bienes futuros.

El Código Civil habla de disolución por insolvencia, no por quiebra hay que darle el alcance legal = artículo 51.

Muerte de cualquiera de los socios

(El Código Civil las rige en los artículos 2103-2105)

Regla: La sociedad colectiva es un contrato "intuitu personae" y la relación de intimidad en que se encuentran los socios, es el motivo determinante que los induce a contratar = El fallecimiento de un socio causa la disolución de la sociedad. Tal es la norma del inc. 1º artículo 2103, en relación con el artículo 2065.

a) Esto mira al interés de los socios y pueden estipular lo contrario, acordando la continuación del contrato social, de alguna de estas formas:

- 1.-Sólo con los sobrevivientes.
- 2.-Con los sobrevivientes y todos los herederos del difunto.
- 3.-Con los sobrevivientes o alguno de los herederos del difunto.

Así resulta del inciso 1º artículo 2103, en relación con el artículo 2105.

b) La ley también subentiende la continuación = Art. 2104

- 1.-Soc. Anónima
- 2.-Soc. de Responsabilidad Ltda.
- 3.-Soc. que suponen cierta continuidad.
 - Arrendamiento de un inmueble.
 - Laboreo de minas (Ftes. Inversiones)

Si la sociedad se disuelve, hay que tener presente los incs. 2º y 3º artículo 2103:

- a.- Noticia a los administradores.
- b.- Operaciones iniciales deberán llevarse a cabo.

Casos de subsistencia

1.-Cuando la sociedad no termina con los herederos

Habrà necesidad de determinar la parte del haber social que le corresponda al socio fallecido, para fijar el haber partible que se trasmite a los herederos = El artículo 2105, inciso 1º, señala cómo se calculan los derechos hereditarios = se está al estado de los negocios sociales a la época de saberse la noticia de la muerte ¿Cómo se conoce el estado? BALANCE, la cuota así determinada se valoriza.

2.-Continúa con todos los herederos del difunto

Si ha de continuar con todos, los herederos se entenderán continuadores del causante en todos los derechos y obligaciones que le correspondían al socio fallecido. En la práctica, se acostumbra establecer que los herederos serán representados ante la sociedad por un mandatario común. Los herederos deberán solicitar a la posesión efectiva y en el inventario indicar los derechos sociales. De ello se toma razón al margen de la inscripción social. Un interesante problema nos plantea el artículo 2105 inciso 2º ¿Podrán entrar los herederos impúberes a una sociedad colectiva mercantil? (inventario solemne...).

3.-Pueden excluirse ciertos herederos y continuar con alguno de ellos.

Así se suele pactar para obviar el problema legal de la incapacidad. Esto es dable convenirlo, por el principio de la autonomía de la voluntad.

En cambio, retiro o muerte de un socio debe reducirse a escritura pública más inscripción del extracto según 350 inc. 2º, 2106, 2107

La facultad de administrar no se transmite a los herederos = (401).

Liquidación de la Sociedad Colectiva

Al respecto, cabe hacer presente y recordar que tratándose de las Sociedades Colectivas Civiles esta operación es realizada por un juez árbitro. (materia de arbitraje forzoso 277 cot.)

Y tratándose de las Sociedades Colectivas mercantiles, las efectúa un mandatario de la sociedad en liquidación, que se denomina liquidador.

En el Código de Comercio, esta materia se encuentra reglamentada en los artículos 408 al 418.

¿Qué es la liquidación?

El Código de Comercio, no define lo que debe entenderse por liquidación, sin embargo, teniendo en consideración el artículo 413 Código de Comercio, que determina los deberes de los liquidadores, podemos señalar que: **“consiste en un conjunto de operaciones encaminadas a concluir los negocios sociales y determinar los saldos de las cuentas de la sociedad”** y estas operaciones de liquidación se resumen en los siguiente: (ver artículo 413)

- 1.- Determinar el Activo (Nº 1, 5, 3)
- 2.- Determinar el Pasivo (Nº 1)
- 3.- Realizar el Activo (Nº 6, 4)
- 4.- Pagar el Pasivo (Nº 2)
- 5.- Y el remanente se debe repartir entre los socios (Nº 7, 8)

Subsiste la Personalidad Jurídica de la sociedad después de su disolución

Disuelta la sociedad colectiva mercantil, no termina en forma automática, toda vez que en la práctica generalmente existen créditos sociales por cobrar y deudas sociales por pagar y para tales efectos, la sociedad continúa con su personalidad jurídica.

Recordemos además que una vez disuelta la sociedad no puede usarse de la razón social de conformidad al artículo 367, de lo contrario se comete el delito de falsedad y para evitar su infracción se deben agregar a la razón social, una vez disuelta la sociedad, las palabras: EN LIQUIDACION.

Al respecto, es importante tener presente que disuelta la sociedad, se pone término al contrato social, pero la personalidad jurídica de la sociedad se mantiene para el solo efecto de su liquidación.

¿En qué se funda, la permanencia de la personalidad jurídica de la sociedad? (410, 413 Nº 6) (22 Nº 3)

En efecto el artículo 410 del Código de Comercio, señala: *“El liquidador es un Verdadero Mandatario de la Sociedad”*, en otras palabras la sociedad en el carácter de mandante encarga una gestión al liquidador, con las menciones establecidas en el artículo 413, lo cual supone necesariamente, al delegatario, mandatario o liquidador, una continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad.

Además, el Nº 6 del artículo 413 del Código de Comercio, faculta al liquidador para vender los inmuebles de la sociedad, es decir, la sociedad en liquidación continúa siendo una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Por último, el artículo 22 Nº 3 del Código de Comercio, señala que el nombramiento del liquidador en el contrato social, debe inscribirse en Registro de Comercio.

¿Qué ocurriría si una vez disuelta la sociedad, no subsistiera la Personalidad Jurídica?

El decir la disolución del contrato social, traería aparejada además la personalidad jurídica de la misma, en tal evento se produciría como consecuencia un verdadero cuasi contrato de comunidad, (2115 en relación al 2304 ambos del Código Civil) y desaparecería el patrimonio social, y los socios pasarían a ser dueños de él en proporción a sus aportes;

Y lo que es más grave, es que los acreedores sociales perderían el derecho de pago preferente que les reconoce el artículo 380 inc. 2º del Código de Comercio.

Y respecto de los acreedores personales de los socios, estos podrían embargar los bienes sociales.

Por el hecho que subsista la personalidad jurídica, el liquidador representa a la sociedad y no a los comuneros. Si no fuera así, sería muy difícil concretar la liquidación por las dificultades que irrogaría tener que actuar con la voluntad y parecer de todos y cada uno de los interesados.

¿Quién hace la liquidación?

La respuesta la da el legislador, en el artículo 408 del Código de Comercio: “La persona que al efecto haya sido nombrada en la escritura social o en la disolución” sea socio o extraño.

Ahora bien, si el liquidador es nombrado en el contrato social, se siguen las siguientes consecuencias: no puede renunciar a su cargo (sino por causa prevista en el contrato, o que la renuncia, sea aceptada en forma unánime por los demás socios), tampoco puede ser removido, sino es por causa grave: se ha hecho indigno de confianza o incapaz de administrar útilmente.

Si el liquidador es nombrado en un acto posterior al contrato social, puede renunciar o ser removido por la mayoría de los consocios según las reglas generales del mandato, (artículo 2072 del Código Civil) (Todo lo anterior de conformidad al artículo 413 del Código de Comercio en relación al 2072 del Código Civil).

Si las partes no designan la persona del liquidador, lo nombra la justicia (409).

El liquidador es un socio extraño (409 inc.2º) o también pueden hacer la liquidación los propios socios, en forma colectiva (409 inc. 3º).

De conformidad al artículo 410 del Código de Comercio, el liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad en liquidación, de esto se infiere que no es un árbitro, (un Juez), y en consecuencia liquidador no le corresponde resolver las cuestiones que se presenten con ocasión de no ser aceptada la cuenta del administrador, ni tampoco conocer de las divergencias que se susciten entre los socios (414 y 415 Código de Comercio).

Facultades del Liquidador

El artículo 411 contiene una regla sabia, si no se ha fijado en el título del nombramiento, la extensión de sus poderes, estos poderes, se deducen del fin con que se le designa, que es concluir el giro y en consecuencia tendrá todos los poderes que sean conducentes a tal objeto (es el mismo criterio que adopta el artículo 387, tratándose del administrador sin título).

El inc. 2º del artículo 411 del Código de Comercio, señala varios actos prohibitivos para el o los liquidadores, tales como los siguientes:

- No podrá constituir hipoteca, prenda o anticresis,
- No podrá tomar dinero o préstamo,
- No podrá tomar mercaderías para revender,
- No podrá endosar efectos de comercio,
- No podrá por último, celebrar transacciones sobre los derechos sociales, ni sujetarlos a compromiso.
- No podrá por último, celebrar transacciones sobre los derechos sociales, ni sujetarlos a compromiso.

El artículo 412, hace aplicable la norma del artículo 399, ambos del Código de Comercio, en caso de haber más de 2 liquidadores, en cuanto a la forma como deben actuar, si son 2 de común acuerdo, o 3 o más por el acuerdo de la mayoría.

Y en sus deliberaciones (artículo 418) deben respetar las normas ya estudiadas (387 a 391) del Código de Comercio.

Paralelo entre las Sociedades Colectivas Civiles y Sociedades Colectivas Mercantiles

1.-Constitución.

Constitución de las Sociedades Colectivas Civiles, no requieren formalidad alguna, toda vez que por su naturaleza es un contrato consensual, es decir que se perfecciona por el acuerdo de las partes de estipular un aporte con miras a repartir los beneficios que de ella provengan (1443, 2053 ambos del Código Civil).

En cambio las Sociedades Colectivas Mercantiles, de conformidad al artículo 350 en relación al 354 ambos del Código de Comercio, es por su naturaleza con contrato solemne, (1443) toda vez que para su existencia, la ley exige que se constituya por escritura pública, y se inscriba un extracto de ella en el registro de comercio.

2.-Responsabilidad de los socios

Los socios de una Sociedad Colectiva Civil responden de las deudas sociales en forma ilimitada y a prorrata de sus aportes, y en consecuencia los acreedores podrán demandar subsidiariamente a los socios pero solo respecto a la parte o cuota que tengan en la deuda social, es decir obligaciones simplemente conjuntas o mejor dicho se produce una dispersión de obligaciones entre los socios. (2095, 1511 Código Civil)

En las Sociedades Colectivas Mercantiles, los socios responden ilimitada y solidariamente, (370, 386 Código de Comercio y 1511 inc. 2º del Código Civil).

3.- Disolución

Una vez disuelta la Sociedad Colectiva Civil, se forma un cuasicontrato de comunidad.

Y disuelta la Sociedad Colectiva Mercantil, subsiste su personalidad jurídica. Para el solo efecto de su liquidación.

4.-Liquidación

En las Sociedades Colectivas Civiles, es materia de arbitraje forzoso (227 N° 1 del cot.)

Y la liquidación de las Sociedades Colectivas Mercantiles, la efectúan mandatarios especiales, denominados liquidadores.

Sociedad de Responsabilidad Limitada

Se encuentra normada en la ley 3.918

Se rige por las mismas normas generales de la sociedad colectiva:

1. Es limitada por el monto de los aportes de cada socio.
2. Se constituye con la condición que no pueden tener un giro de sociedad anónima especial (por ejemplo: Bancos y sociedades securitizadoras)
3. Pueden ser mercantil o ser civiles. Hay que recordar que para que sea comercial basta con que el objeto de constitución o uno de ellos tenga tal características. (2053 C.C.)
4. ¿Puede algún socio responder con un monto mayor de sus aportes? R.- Sí puede, cuando se haya estipulado conforme al artículo 2° de la Ley 3918. Pudiendo acordarse de que uno o más socios estipulen una cifra mayor.

Requisitos:

Son los mismos de la colectiva:

- a. Escritura
- b. Inscripción del extracto (hay que tener dos copias; Una para el registro de comercio y otra para el Diario Oficial)
- c. Publicación en el Diario Oficial.

Constitución de la Razón Social

(Art. 4° de la Ley 3918)

- a. Nombre de los Socios (que pueden ser uno o varios)
- b. Debe llevar la palabra "Limitada" (Sin este elemento los socios responden solidariamente)
- c. Podemos hacer referencia al objeto con la palabra "COMERCIAL"

Sociedad de Hecho

Son aquellas sociedades mercantiles que no se constituyen en forma legal, puesto que no constan de instrumento público y no han sido inscritas, en el registro de comercio respectivo.

La ley les reconoce a estos entes capacidad jurídica al punto tal que, el tercero que contrata con una sociedad de hecho comercial no puede sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones (363 Código de Comercio).

Si bien la ley prescribe que los socios responden solidariamente frente a los terceros con quienes hubieran contratado a nombre y en interés de la sociedad, de hecho, como dispone el inciso segundo del artículo 357 del Código de Comercio.

Tal situación es una de las emergentes de la regulación de la sociedad general en el Código Civil, porque mientras exista el contrato de sociedad entre los socios y estos hayan comprometido aportes, y exista voluntad de repartir beneficios, habrá sociedad general, y por lo tanto, personalidad jurídica y separación de patrimonios como lo establece el artículo 2053 del Código Civil.

Es más, si la sociedad resulta nula por alguna razón (falta de alguna formalidad por vicio formales (artículo 3 ley 19.499) la sociedad básica o general del Código Civil subsiste, y en consecuencia se puede sostener lo siguiente: 1) En primer lugar no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fé, contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho. (2058 del Código Civil) y 2) En segundo lugar, se puede concluir que si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes. (2057 del Código Civil).

Sociedad Anónima

Antecedentes Históricos:

El antecedente más preciso del origen de las sociedades anónimas, se encuentra en la época de la organización de las compañías colonizadoras de los siglos XVII y XVIII, con el gran auge que tuvieron entre las potencias de la época: Francia, Inglaterra y Holanda. En esta última figura la Compañía Holandesa de Indias Orientales, que data del año 1602.

Estas sociedades recogieron principios de otras instituciones propias de la Edad Media, como fueron la copropiedad naval y el contrato de comenda, contrato que inspiró a su vez a la sociedad en comandita.

En Chile, la primera ley de sociedades anónimas fue la número 451, que data del año 1854 y surgió al tiempo que se estaba desarrollando el proyecto de código de comercio por don Gabriel Ocampo. Una vez que entró a regir como ley de la república el referido proyecto, se incorporó a éste.

De esa manera, se encontró regida por dicho cuerpo normativo hasta que el año 1981 se dictó la ley 18.046 que las derogó y reguló en una ley especial. Sin embargo, no toda la regulación relativa a las sociedades anónimas se contiene en dicha ley, sino que existen otros cuerpos normativos, como son por ejemplo el DFL 252 del año 1960 que rige las instituciones bancarias y financieras; el DL. 1097 que rige la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; el DL. 251 del año 1931, modificado por la ley 18.660 de 1987 que regula a las Compañías de Seguros; la ley 18.876 que rige a las sociedades anónimas de Depósito y Custodia de Valores; la ley 18045 que producto de una reforma del año 1994 incluyó a las Sociedades Securitizadoras; etc. Por tanto, resulta muy difícil sistematizar toda la legislación, pero el tronco básico será la ley 18.046.

Definición de sociedad anónima:

La ley 18046 define a la sociedad anónima como **una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables solo por sus respectivos aportes y administrada por un Directorio integrado por miembros esencialmente revocables.**

Para mantener la unidad conceptual, la propia ley 18046 en su artículo 138 modificó los artículos 2061, 2064 y 2070 del código civil.

1. Es una persona jurídica:

El que entraña una persona jurídica proviene de lo dispuesto en el artículo 2053 inciso 2º del código civil. Por su parte, los artículos 6 y 109 de la ley son novedosos, toda vez que señalan la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad anónima en el evento de disolución.

Consecuencia que la sociedad anónima sea una persona jurídica es que posee todos los atributos de la personalidad jurídica, esto es un patrimonio, domicilio, un nombre (que se conoce como denominación social), una voluntad propia que se expresa a través de sus órganos de administración (sean colectivos como la junta de accionistas y el Directorio, o unipersonales como el gerente), salvo los propios de las personas naturales, como el estado civil.

2. Formada por la reunión de un fondo común:

Este concepto destaca el carácter de sociedad de capitales que tiene este tipo social y que la diferencia de los demás. Es así como el accionista se diluye en cuanto a persona en la sociedad, pasando a ser relevante solamente su aporte; de la misma manera, no se identifica con la sociedad, como ocurre con los socios de los demás tipos sociales, al no pasar a formar parte su nombre en la denominación social; además el socio no se identifica con su gestión en la administración social, conferida a un órgano especializado; por la misma razón el patrimonio del accionista no interesa para responder de las operaciones sociales; y, por último, aquí el retiro, muerte o incapacidad del accionista no es causa de disolución de la sociedad anónima.

Conforme al artículo 4 de la ley que señala las menciones que ha de contener la escritura social, en su número 5º exige la designación del capital social, del número de acciones en que es dividido, con indicación de sus series y privilegios si los hubiere y si las acciones tienen o no valor nominal; la forma y plazos en que los accionistas deben pagar su aporte, y la indicación y valorización de todo aporte que no consista en dinero.

En el título III de la ley trata extensamente el capital social. Así es como el artículo 10 expresa que el capital social deberá fijarse en forma precisa en los estatutos y solo podrá ser aumentado o disminuido por reforma de los mismos, salvo que se trate de la revalorización que de pleno derecho ha de producirse, cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance general.

Por su parte, ya en el artículo 11 aparece un principio constante en la ley de sociedades anónimas, cual es el de preservación o protección del capital social, al exigir que al momento de constitución de la sociedad anónima se haya suscrito la totalidad del capital inicial de la sociedad, debiendo en todo caso quedar pagado el total en un plazo no superior a tres años. Si en el plazo indicado no se paga el total del capital suscrito, se reduce de pleno derecho el capital a lo efectivamente pagado. Esta misma regla, rige respecto del acuerdo de aumento de capital, acordado en junta extraordinaria de accionistas (artículo 57 nº2) al exigir reforma de los estatutos sociales. Dicho acuerdo, no podrá establecer un plazo superior a tres años para la suscripción y pago de las respectivas acciones, cualquiera sea la forma de su entero (artículo 24 de la ley, 27 y 28 del reglamento de sociedades anónimas).

El capital se forma por el aporte que suministran los accionistas, los cuales solamente son responsables hasta la concurrencia de sus respectivos aportes:

El capital se encuentra dividido en acciones que habrán de ser de igual valor. Así lo señala el inciso 1º del artículo 11 de la ley. Resulta de ello entonces, que la acción es la unidad o parte alícuota en que se divide el capital social. Según el artículo 12 de la Ley 18.046, las acciones pueden tener o no un valor nominal. Esta circunstancia explica que, si por ejemplo: el capital social es de 10 millones de pesos y está dividido en 10 mil acciones, si el pacto social expresa que a cada acción se le asigna un valor de mil pesos, cada acción tiene un valor nominal; pero si en el pacto social no se señala el valor en dinero representativo de cada acción, debe indicarse necesariamente la proporción que le corresponde a cada acción respecto del total del capital social, caso en el cual, las acciones no tiene valor nominal.

Esto interesa por la necesidad de emitir títulos diferentes cada vez que se produzcan aumentos de capital.

En efecto, las acciones pueden concebirse desde tres puntos de vista:

- Como parte proporcional en que se divide el capital social;
- Como un título representativo del aporte que hace cada accionista a la sociedad; y
- Como el documento que da cuenta de un conjunto de derechos que tiene el accionista en la sociedad anónima.

De conformidad a lo establecido en el artículo 12 de la Ley 18.046, todas las acciones son nominativas, y en consecuencia, deben ser emitidas por la cantidad suficiente de modo que reflejen o den cuenta del efectivo aporte que en el total del capital social representan cada una de ellas.

Por su parte, el artículo 14 contiene el principio de la libre cesibilidad de las acciones, principio de carácter absoluto en las sociedades anónimas abiertas respecto de los estatutos sociales, y relativo, en los pactos de accionistas de sociedades anónimas cerradas siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos que la ley establece. En este último caso, dicho principio queda entregado a la voluntad de los accionistas y si nada dicen se aplica en forma supletoria.

Los accionistas, tal como lo señalan los artículos 1º y 19 de la ley 18.046, son responsables exclusivamente del pago íntegro de sus respectivas acciones, respondiendo incluso solidariamente el cedente y el cesionario de las acciones suscritas y no pagadas.

3. Administrada por un Directorio integrado por miembros esencialmente revocables:

Con esto se perfeccionó el alcance del derogado artículo 424 del Código de Comercio, que le otorgaba a los miembros del Directorio un carácter revocable en forma individual, de modo que ahora estando la administración de la sociedad anónima consagrada al directorio como órgano colegiado, la revocación y elección de sus miembros es total y no parcial, cuyo antecedente es que el directorio representa a la sociedad y no a los accionistas.

En efecto, no estando la administración entregada a los miembros de este órgano, los directores no podrían actuar de manera separada o individual. De lo anterior se desprende que el Directorio para adoptar acuerdos, ha de reunirse en sala legalmente constituida. En caso, contrario, cualquier acuerdo resulta ser inexistente, al no ser un acto del Directorio. Así, aparece de lo dispuesto en el artículo 31 inciso 1º que dispone que la administración de la sociedad anónima la ejerce un Directorio elegido por la junta de accionistas, en relación, con el artículo 39 inciso 1º de la ley, el cual dispone que las funciones de director de una sociedad anónima no son delegables y se ejercen colectivamente, en sala legalmente constituida.

Por su parte, el cargo de Director es un cargo temporal, pues no puede exceder de tres años en ningún caso; pero si se omite la mención relativa al plazo, se entiende que la elección es sólo por un año (artículo 31). Nada obsta a que el directorio sea reelecto indefinidamente en sus funciones, ya sea por elección formal o por prórroga tácita, pero no por nombramiento que exceda los tres años desde su elección.

El Directorio puede ser revocado por voluntad de la junta de accionistas antes de completar su período, debiendo incluir siempre a la totalidad de sus miembros conforme lo dispone el artículo 38. Ello trae consigo la renovación de éste, renovación que ha de hacerse por la junta de accionistas. Lo anterior no busca sino el proteger la proporcionalidad entre los accionistas.

El número de los directores es fijado por los estatutos sociales, no pudiendo ser inferior a 5, si se trata de una sociedad anónima abierta, o a 3 si es una cerrada.

Las funciones del Directorio no son delegables y se ejercen colectivamente en salas legalmente constituidas, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 47 que exige para constituir sala a la mayoría absoluta del número de directores titulares señalados en los estatutos, y para adoptar acuerdos, la mayoría absoluta de los directores asistentes con derecho a voto, decidiendo en caso de empate (salvo acuerdo en contrario en los estatutos sociales) el voto del presidente.

Si bien los directores no pueden delegar sus facultades, el Directorio, como órgano, puede delegar parte de sus facultades en el gerente, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o comisión de ellos, siempre y cuando se trate de objetos especialmente determinados, conforme lo dispone el artículo 40 inciso final.

Las facultades del Directorio están señaladas en el artículo 40, estando investido de todas las de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezca como privativas de la junta general de accionistas, sin requerir poder especial alguno aunque la ley así lo exija.

Por su parte, el artículo 39 inciso final se encarga de hacer responsable del ejercicio de sus funciones al director frente a la sociedad, aunque haya sido nombrado por un grupo de accionistas; en fin, busca que el director no sea un representante de los accionistas que lo eligieron.

4. La sociedad anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios civiles.

En este caso, la forma societaria se impone sobre el fondo del negocio social, constituyendo una suerte de acto de comercio formal.

La ley 18.175, ley de Quiebras, establece una distinción entre el deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, denominados deudor calificado, y quien no ejerce una de ellas, llamado deudor no calificado o común, al ser más riguroso con el calificado, estando obligado por una parte a solicitar la declaración de su propia quiebra dentro de los quince días desde que haya cesado en el pago de una obligación mercantil (artículo 41 ley 18.175) y por la otra, pudiendo cualquiera de sus acreedores solicitar la declaración de quiebra, aun cuando el crédito no sea exigible, en el caso que el deudor calificado cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo.

¿Puede ser declarada en quiebra una la sociedad anónima por cesar en el pago de una obligación mercantil, toda vez que para ella la obligación va a ser siempre mercantil?.

No, ya que la Ley 18.175, sobre quiebras, en su artículo 43 número 1º, establece la exigencia del ejercicio efectivo de actos mercantiles, independientemente de reputarse mercantil la sociedad anónima, ha de ser considerada un deudor calificado. Dependerá de la naturaleza del negocio social su calificación o no; si es mercantil, lo será. Si es civil y no se relaciona a la actividad minera o agrícola, no lo será, aunque la ley la repute comercial.

Antes el Código de Comercio definía a las sociedades en función del objeto a que la sociedad estaba destinada. Ello actualmente se omitió, ya que las sociedades anónimas según la ley 18.046, salvo en las sociedades anónimas especiales, pueden tener un objeto múltiple o plural, pudiendo ejercer cualquier actividad lucrativa siempre y cuando no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o la seguridad del Estado (artículo 9 y 4 Nº3). Puede tener, por consiguiente, tantos objetos como se pacte, siempre que y cuando se especifiquen.

Al poder tener objeto múltiple, al legislador no le interesa que se haga una referencia al objeto social en la denominación social, pudiendo incorporar la que los accionistas discurran, pero debiendo siempre indicar las palabras "Sociedad Anónima" o la abreviatura "S.A.".

Si la denominación social que discurrieron los socios es idéntica o semejante a otra ya existente, esta última tendrá derecho a demandar su modificación en juicio sumario. En este caso, no se contará plazo de prescripción porque el nombre de la persona no se encuentra en el comercio humano.

Clases de Sociedades Anónimas.

Atendiendo a diversos criterios, podemos clasificar a las sociedades anónimas de la siguiente manera:

I.- Sociedades anónimas:

- Abiertas
- Cerradas.

II.- Sociedades anónimas:

- Matrices
- Filiales
- Coligadas.

III.- Sociedades anónimas:

- Nacionales
- Extranjeras.

IV.- Sociedades anónimas:

- Generales
- Especiales.

V.- Sociedades anónimas relacionadas,

- Controladoras
- Controladas.

La primera de estas clasificaciones la analizamos a continuación; el resto, dentro del desarrollo del presente apunte.

Sociedades anónimas abiertas y cerradas.

El criterio para distinguir a una y otra, lo da el artículo 2º de la ley.
Según dicha norma, son sociedades anónimas abiertas:

“Aquellas que hacen oferta pública de sus acciones en conformidad a la ley de mercado de valores”.

El artículo 4 de la ley 18.045 sobre Mercado de Valores, define lo que se entiende por oferta pública, siendo aquella que va dirigida al público en general o a ciertos sectores o a grupos específicos de éste. El mismo texto permite además que la Superintendencia de Valores y Seguros en caso de dudas, determine mediante resolución de carácter general, si ciertos tipos de oferta constituyen ofertas públicas (dicha norma se encuentra contenida actualmente en la norma general Nº 21 de la Superintendencia de Valores y Seguros).

“Aquellas que tienen 500 o más accionistas; o aquellas en las que a lo menos el 10% del capital suscrito pertenece a un mínimo de 100 accionistas”. El Decreto Supremo 587 de 1982 que contiene el reglamento de la ley de Sociedades Anónimas, agrega en su artículo 1º que en el cómputo del porcentaje indicado han de excluirse los accionistas que individualmente excedan de dicho porcentaje.

Estos dos últimos criterios buscan una mayor protección a los accionistas minoritarios.

Son sociedades anónimas cerradas las que no se encuentran en alguna de las categorías anteriores.

Antes de la ley 18.046 no se distinguía entre sociedades anónimas abiertas o cerradas. Era así como todas las sociedades anónimas eran supervigiladas por la Superintendencia de Valores. Pero por su gran número y el consiguiente desgaste del órgano de control, se decidió que si cumplían con alguno de los criterios antes señalados, fueren fiscalizadas, principalmente por tratarse de sociedades destinadas a captar la inversión privada por medio de la oferta pública de títulos valor que ellas emitan, existiendo así un interés público en su sano y recto manejo, sin comprometer así la fe pública.

La consecuencia principal de ser calificadas de sociedades anónimas abiertas, es que se encuentran sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores, debiendo cumplir además con la obligación de inscripción de la sociedad en el Registro Nacional de Valores, dentro del plazo de 60 días siguientes a la fecha en que se reúna uno de los requisitos correspondientes. Ha de observar especialmente las disposiciones de la Ley sobre Mercado de Valores y las normas especiales contenidas en la ley 18.046, que en su oportunidad enunciaremos.

La ley y el reglamento de sociedades anónimas permiten a las sociedades anónimas cerradas sujetarse a las normas de las sociedades anónimas abiertas, lo que debe ser acordado en junta extraordinaria de accionistas, según lo dispone el artículo 2 del reglamento, o en los estatutos sociales, ya sea en la escritura de constitución o en la de reforma. En dicho evento quedan, según el reglamento, sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, debiendo así inscribirse en el registro de valores y observar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables a las sociedades anónimas abiertas.

No obstante lo anterior, desde que la potestad de un órgano público (como lo es la Superintendencia de Valores y Seguros) requiere ser previa y expresamente conferida por una fuente exclusiva cual es la ley, en virtud del principio de legalidad y juridicidad establecido Constitucionalmente en los artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República, si no se le confiere expresamente a la superintendencia la potestad fiscalizadora respecto de las sociedades anónimas cerradas, no podrá esta atribuírsela. Es así como el inciso 3º del artículo 2 de la ley de sociedades anónimas establece que son sociedades anónimas cerradas las no comprendidas en el inciso anterior, sin perjuicio que voluntariamente puedan sujetarse a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. De dicha norma no se puede derivar la facultad de fiscalizar como norma obligatoria, sino tan solo cuando expresamente lo acuerden los accionistas de la sociedad anónima cerrada. Además porque la

fiscalización de la actividad económica de los particulares constituye una situación excepcional y por lo mismo de derecho estricto, y ha de interpretarse restrictivamente, no pudiendo presumirse la autorización a fiscalizar.

Menos aun podrá un reglamento de ejecución como es el de sociedades anónimas atribuírsela, dado que la potestad, en virtud de la juridicidad y legalidad, ha de ser conferida por la ley o una fuente superior, no por una fuente de rango inferior como sería el referido reglamento. En efecto, conforme lo señala la doctrina¹⁵ el reglamento de ejecución se encuentra sometido formal y materialmente a la ley, toda vez que debe encuadrarse dentro de la pauta que la misma le da, no pudiendo en caso alguno contrariar sus preceptos, modificarlos, restringirlos o ampliarlos. El reglamento de ejecución es siervo de la ley que detalla, como quiera que su razón de ser es desenvolver las reglas generales de la ley, pero no crear nuevas reglas o ampliar las excepcionales¹⁶.

No por el hecho de que la sociedad anónima cerrada pueda sujetarse a las normas de las abiertas, deja de ser cerrada; sin embargo, si llega a reunir alguna de las condiciones para ser abierta, desde ese momento dicha sociedad ha de adecuar sus estatutos sociales a las normas restrictivas que la ley impone a las abiertas y ha de inscribirse en el registro de valores dentro del plazo de 60 días, según el artículo 3 del reglamento de sociedades anónimas y el artículo 2 inciso 2º de la ley 18.045.

Las sociedades anónimas especiales, aunque no reúnan los requisitos del artículo 2 para ser abiertas, siempre han de entenderse sociedades abiertas, según lo disponen los artículos 126 y siguientes de la ley 18.046.

Requisitos de Constitución de las Sociedades Anónimas

Conforme lo dispone el artículo 3 y 5 de la ley 18.046, la sociedad anónima se forma, existe y prueba por escritura pública inscrita en el registro de comercio correspondiente al domicilio de la sociedad en un extracto autorizado por el notario respectivo, y publicado por una sola vez en el diario oficial, dentro del plazo de 60 días contado desde la fecha de la escritura social.

Los requisitos son:

- Escritura pública que contenga las menciones del artículo 4º;
- Extracto autorizado por el notario ante el cual se otorgó la escritura pública de constitución;
- Que dicho extracto se inscriba en el registro de comercio correspondiente al domicilio social;
- Que además el extracto se publique por una sola vez en el diario oficial; y
- Que los requisitos 2, 3 y 4 se cumplan dentro del plazo de 60 días contado desde la fecha de la escritura social.

La infracción a dichos requisitos puede entrañar como sanción la inexistencia o la nulidad de la sociedad, y en ambos casos genera el efecto de hacer solidariamente responsables a los otorgantes del pacto respecto de los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la presunta sociedad.

¹⁵ Entre otros, Alessandri, Somarriva, Vodanovic. *Derecho Civil, Parte preliminar y parte general*, tomo I, página 116.

¹⁶ Ídem.

Escritura Pública

El primer requisito que aparece es la escritura pública de constitución, que ha de contener las menciones del artículo 4. Respecto a dichas menciones, interesa determinar si se trata o no de cláusulas esenciales o de la naturaleza.

Artículo 4.º La escritura social deberá contener:

- **El nombre, profesión y domicilio de los accionistas que concurran a su otorgamiento;**
Desde el momento que constituye la individualización o designación de las partes del contrato de sociedad, resulta un elemento esencial del contrato.
- **El nombre y domicilio de la sociedad;**
En materia de sociedad ya no se habla de razón social, sino que de denominación social, pues el nombre de los socios no interesa para formar el de la sociedad, cual es la característica más singularizante de la razón social. Esta cláusula resulta esencial, al no poder ser suplida por la ley.
- **La enunciación del o de los objetos específicos de la sociedad;**
Como ya lo hemos señalado, antes la sociedad no podía tener más de un objeto. Hoy, salvo el caso de las sociedades anónimas especiales, pueden tener objeto múltiple, pudiendo así desarrollar cualquier actividad lucrativa siempre que no sea contraria a la ley, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad del Estado.
- **La duración de la sociedad, la cual podrá ser indefinida y, si nada se dice, tendrá este carácter;**
Basta con no expresar la duración de la sociedad para que se entienda indefinida, no siendo por tanto un requisito esencial. La circunstancia que sea indefinida además, corrigió un problema de la regulación anterior, que exigía la estipulación de un plazo para su duración.
- **El capital de la sociedad, el número de acciones en que es dividido con indicación de sus bienes y privilegios si los hubiere y si las acciones tiene o no valor nominal; la forma y plazos en que los accionistas deben pagar su aporte, y la indicación y valorización de todo aporte que no consista en dinero;**
Algunos aspectos de esta cláusula resultan esenciales y otros no, circunstancia que analizaremos más adelante.
- **La organización y modalidades de la administración social y de su fiscalización por los accionistas;**
En relación con la administración y fiscalización, existen normas supletorias en los artículos 31 y 51 de la ley. La administración recaerá en un Directorio que, a falta de estipulación, dura un año en sus funciones y se compone por 5 miembros en las sociedades anónimas abiertas y por tres en las cerradas.
- **La fecha en que debe cerrarse el ejercicio y confeccionarse el balance y la época en que debe celebrarse la junta ordinaria de accionistas;**
La disposición del artículo 74 de la ley suple la exigencia de esta cláusula, al establecer como obligación de toda anónima de confeccionar el balance al 31 de diciembre de cada año.
Sobre la época que debe celebrarse junta ordinaria, esta ha de fijarse en los estatutos, conforme lo dispone este número 7 y el artículo 55 inciso 2º. Por su parte el artículo 58 N° 1 de la ley ordena perentoriamente al Directorio citar a esta clase de junta dentro del cuatrimestre siguiente a la fecha del balance. Por tanto, si relacionamos la disposición del artículo 74 con esta exigencia del 58 N° 1, resultaría supletoria de los estatutos. Inclusive, en virtud de los términos imperativos que utiliza la última de dichas disposiciones, se ha sostenido que “es obligación citar a tal junta ordinaria en la

oportunidad legal (dentro del cuatrimestre siguiente a la fecha del balance), no obstante que los estatutos establezcan otra oportunidad para realizarlas”¹⁷.

- **La forma de distribución de las utilidades;**

Diversas normas de la ley suplen el silencio de las partes a este respecto, a saber, los artículos 56 N° 2 (al disponer que es materia de junta ordinaria la distribución de las utilidades y el reparto de dividendos), 67 N° 10 (en cuanto exige el voto de a lo menos 2/3 de las acciones emitidas con derecho a voto para determinar la forma de distribuir los beneficios sociales) y principalmente el artículo 79 (al disponer la existencia de dividendos obligatorios de a lo menos un 30% de las utilidades líquidas del ejercicio, pudiendo el Directorio distribuir dividendos provisorios siempre que no existan pérdidas acumuladas).

- **La forma en que debe hacerse la liquidación;**

Ella se encuentra regulada en los artículos 109 y siguientes de la ley, no considerándose por tanto esencial su señalamiento. Dicha liquidación ha de hacerse por una comisión liquidadora.

La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador.

Al respecto existen normas supletorias en los artículo 125, 4 N° 10 de la ley y 227 N°4 del código orgánico de tribunales. El primero dispone que en los estatutos sociales se establecerá la forma cómo se designarán el o los árbitros que conocerán de las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Agrega que la designación de dichas personas no podrá hacerse directamente en los estatutos sociales. Por último, y lo que demuestra más claramente su carácter de no esencial, es que el arbitraje es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria. Ello constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 227 N° 4 del código orgánico de tribunales que señala como materia de arbitraje forzoso la relativa a las diferencias que existan entre los socios de una sociedad anónima.

Por su parte, si nada se señala en cuanto al tipo de árbitro en el pacto social, la ley entiende que se somete a un árbitro arbitrador.

- **La designación de los integrantes del Directorio provisorio;**

El designar un Directorio provisorio tiene por finalidad que la sociedad pueda funcionar hasta la celebración de la primera junta ordinaria de accionistas cual es la llamada a elegir o revocar a los miembros titulares y suplentes del Directorio. Constituye por tanto, una circunstancia esencial.

- **Los demás pactos que acordaren los accionistas.**

Respecto de las menciones de los números 1, 2, 3 y 11 son menciones que tienen el carácter de esenciales (o también denominadas formalidades) y no están suplidas por la ley. Al tratarse de menciones que por su naturaleza constituyen las condiciones particulares de la sociedad y que necesariamente deben indicarse por los otorgantes del pacto social, no pueden ser suplidas por la ley. En efecto, la ley no puede inventar quiénes son los socios fundadores, el nombre y domicilio de la sociedad, su giro y a quiénes ha designado como directores provisorios¹⁸.

¹⁷ Puelma, Alvaro. *Sociedades*, tomo II, 1996, página 427.

¹⁸ Puelma, Alvaro. *Ob. cit.*, tomo II, 1996, página 426.

Lo mismo ocurre respecto al número 5 en lo relativo al capital social y las acciones en cuanto a su monto, a su número y a la forma y plazo para su entero. Sin embargo, no tiene el carácter de esencial lo relativo al pago de las acciones en cuanto a la forma de realizarlo, pues el inciso segundo del artículo 15 de la ley de sociedades anónimas prescribe que en silencio de los estatutos, se entenderá que el valor de las acciones debe ser enterado en dinero efectivo.

Cuando se acuerde cualquier modificación de los estatutos sociales o la disolución de la sociedad, las actas de las juntas generales de accionistas en que se adopten dichos acuerdos, serán reducidas a escritura pública con las solemnidades de inscripción y publicación generales.

Por último, el inciso 3º del artículo 3 de la ley establece una consecuencia de la solemnidad que reviste el contrato de sociedad anónima. Dicha norma señala que no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas en cumplimiento de los incisos anteriores, ni aun para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas. Ello resulta tan solo una aplicación del principio contenido en el artículo 1701 del código civil que los actos solemnes se prueban por su propia solemnidad.

Extracto Inscrito y Publicado

Como ya lo señalamos, el artículo 3º y 5º exigen que la sociedad anónima para existir, formarse y probarse, ha de constar por escritura pública inscrita en el registro de comercio correspondiente al domicilio de la sociedad en un extracto autorizado por el notario respectivo, y publicado por una sola vez en el diario oficial, dentro del plazo de 60 días contado desde la fecha de la escritura social. Lo mismo ocurre cuando se acuerde cualquier modificación de los estatutos sociales. Es así como aparece la obligatoriedad de redactar un extracto que contenga las menciones que señala el artículo 5º.

Conforme dicha norma, el extracto de la escritura de constitución deberá expresar:

- El nombre, profesión y domicilio de los accionistas que concurren a su otorgamiento;
- El nombre, el o los objetos, el domicilio y la duración de la sociedad;
- El capital y número de acciones en que se divide, con la indicación de sus series y privilegios si los hubiese, y si las acciones tienen o no valor nominal, y
- La indicación del monto del capital suscrito y pagado y plazo para enterarlo, en su caso.

Por su parte, el reglamento de la ley de sociedades anónimas en su artículo 5 añade que el extracto de una escritura de constitución además ha de indicar la fecha de la escritura y el nombre del notario público que la autoriza.

El extracto de la escritura social, ha de ser autorizado por el notario respectivo. Una vez autorizado deberá inscribirse en el registro de comercio correspondiente al domicilio de la sociedad y publicarse por una sola vez en el diario oficial, todo ello dentro del plazo de 60 días contado desde la fecha de la escritura social.

Respecto del extracto de una modificación del pacto social, ha de contener dos menciones especiales, a saber:

- El expresar la fecha de la escritura social y el nombre y domicilio del notario ante el cual se otorgó;
- Hacer referencia al contenido de la reforma cuando se hayan modificado algunas de las materias que el extracto de la escritura de constitución debe contener; y
- El reglamento en su artículo 5 añade que el extracto de una escritura de modificación social no es necesario hacer referencia a la individualización de los accionistas que concurrieron a la junta que aprobó la reforma respectiva.

Respecto las menciones del extracto, estas resultan esenciales, puesto que su omisión engendra la nulidad de la sociedad. Si comparamos estas menciones esenciales del extracto con las de la escritura social, podemos concluir que:

- Ambos establecen como menciones esenciales casi los mismos requisitos que para el pacto social y el extracto se establecen como tales, esto es, la individualización de los accionistas, el nombre de la sociedad, el objeto, el domicilio, el capital y las acciones;
- Difieren en que la escritura social eleva a elemento esencial la designación del Directorio provisorio y el extracto eleva a requisito esencial la mención de la duración de la sociedad.

Sanciones y Efecto del Incumplimiento de las solemnidades legales.

De esto se ocupa el artículo 6 de la ley, norma que distingue dos clases de vicios para dilucidar la sanción que ha de aplicarse como consecuencia del incumplimiento de las solemnidades legales.

En ese sentido distingue:

- Los indicados en el inciso 1º del artículo 6, que son constitutivos de Inexistencia, y
- Los consignados en el inciso 2º, que son constitutivos de Nulidad Absoluta.

Vicios que causan la inexistencia de la sociedad.

El artículo 6 inciso 1º dispone que no existe la sociedad en cuya constitución se haya omitido el otorgamiento de la escritura social o la oportuna inscripción o publicación de su extracto ni la reforma en que se ha incurrido en similares omisiones.

Son entonces vicios constitutivos de inexistencia los siguientes:

- La omisión de la escritura social;
- La omisión de la inscripción del extracto;
- La omisión de la publicación de extracto;
- La inscripción del extracto fuera de plazo; y
- La publicación del extracto fuera de plazo.

Lo mismo se aplica a la reforma del pacto social en que se incurra en similares vicios.

Vicios que causan la Nulidad Absoluta de la Sociedad.

El inciso 2º del artículo 6 dispone que la omisión en la escritura de constitución de las menciones exigidas en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 11º del artículo 4 de la presente ley y la omisión en su extracto de cualquiera de los números señalados en el artículo precedente, producirán la nulidad absoluta del pacto social. De la misma nulidad adolecerán las reformas de estatutos en cuyo extracto se omitan las menciones exigidas en el inciso final del artículo precedente. Igual nulidad originará cualquiera disconformidad que exista entre las escrituras y las inscripciones o publicaciones de sus respectivos extractos.

Son vicios:

- La omisión de las menciones esenciales de la escritura social;
- La omisión de las menciones esenciales del extracto;
- Cualquier disconformidad que exista entre las escrituras y las inscripciones o publicaciones de sus respectivos extractos

Esto último resulta trascendente, ya que el concepto mismo de extracto denota de acuerdo al léxico común, a su sentido natural y obvio, la idea de resumen, de compendio, síntesis o abreviación, de concreción o deducción general del contenido de un texto. Por consiguiente, siempre va a existir una disconformidad entre la mención correspondiente al elemento esencial de la escritura social y la del extracto porque el último va a tener que reducir necesariamente el contenido de esas menciones.

La expresión disconformidad significa que se trata de una diferencia esencial, oposición o contrariedad fundamental, no accidental ni fortuita.

El problema se complica porque el legislador agrega el calificativo de cualquiera, que ha resultado un factor de confusión. Sin embargo, creemos que el correcto significado es que el extracto no sea una simple transcripción del texto de la escritura social, como ha sido la práctica generalizada, buscando así el evitar configurar esta causal de nulidad, sino permitir la disconformidad natural que conlleva la preparación de un extracto, siempre y cuando ella no sea fundamental.

Respecto de las reformas de estatutos, adolecerán también de nulidad cuando se omitan en el extracto la fecha de la escritura y el nombre y domicilio del notario ante el cual se otorga, o cuando no se haga referencia al contenido de la reforma que altera una mención esencial del extracto.

Efectos del incumplimiento

La sanción a la falta de los requisitos es o la inexistencia o la nulidad. En ambos casos se produce un efecto particular que señala el inciso final del artículo 6, en términos que los otorgantes del pacto respectivo responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad.

Desde esta perspectiva, tanto la inexistencia como la nulidad producen el mismo efecto, en cuanto éste se traduce pura y simplemente en hacer responder solidariamente a los otorgantes del pacto social frente a terceros, de todo contrato o acto a nombre y en interés de la sociedad.

El criterio legislativo fue el llegar al mismo efecto por caminos diferentes: perseguir la responsabilidad solidaria de los accionistas que concurrieron al pacto social ya sea en el caso de inexistencia sin previo pronunciamiento judicial, o en el caso de la nulidad, después de una sentencia judicial que así lo declare.

Resultan vías diferentes porque la inexistencia como negación del ser o existencia legal, no requiere ser declarada judicialmente; en cambio la nulidad priva al acto de efectos mediante una sentencia que así la establezca, en conformidad al artículo 1687 del código civil. El acto inexistente jamás produce efectos; el acto nulo produce sus efectos en cuanto no desaparezca de la vida del derecho.

La ley autoriza a su vez dos formas de purgar la nulidad de una sociedad, contenidas en el inciso 4º del artículo 6 de la ley. Es así como no podrá pedirse, en primer lugar, la nulidad de una sociedad disuelta; ni tampoco podrá solicitarse luego de transcurridos 4 años desde la ocurrencia del vicio que la origina. Se recurrió en este último caso al plazo de 4 años al ser la regla general de prescripción en materia mercantil, conforme lo dispone el artículo 822 del código de comercio. Por otro lado, como la inexistencia es imprescriptible, puede alegarse en cualquier momento.

Antes de que sea declarada la nulidad o constatada la inexistencia, la sociedad ha estado funcionando como cualquier otra. ¿qué ocurre entonces con los actos y contratos que ella haya celebrado en el tiempo intermedio?.

Para dar una respuesta, se entrelazan los efectos de la inexistencia y nulidad, con la presencia de un vicio en un contrato de tracto sucesivo como es el de sociedad y que se va desarrollando y ejecutando a lo largo del tiempo, renovándose constantemente con todos los actos que realiza.

El fin práctico del legislador fue el hacer responsable a la sociedad de todas sus obligaciones, y si ella no pudiese cumplir con el pago de sus obligaciones, responder los otorgantes del pacto social de todos aquellos actos o contratos que hayan ejecutado o celebrado a nombre y en interés de la sociedad.

Declarada la nulidad de la sociedad, ésta entrará en liquidación subsistiendo su personalidad jurídica para tal efecto, conforme lo señala el artículo 6 inciso 3º de la ley.

Frente a la inexistencia, ¿ha de frenarse la vida de la sociedad, se debe solicitar su disolución?

No precisamente; ha de liquidarse la sociedad pero conforme a las reglas del cuasicontrato de comunidad, al no poderse aplicar el pacto social, ya que éste es inexistente. A dicho respecto opera el artículo 2057 del código civil.

Nombre y Objeto

Artículo 8.º El nombre de la sociedad deberá incluir las palabras “Sociedad Anónima” o la abreviatura “S.A.”.

Si el nombre de una sociedad fuera idéntico o semejante a otra ya existente, esta última tendrá derecho a demandar su modificación en juicio sumario.

Artículo 9.º La sociedad podrá tener por objeto u objetos cualquier actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o la seguridad del Estado.

Capital Social, de las Acciones y de los Accionistas

El capital social en las sociedades anónimas se encuentra dividido en acciones. Así lo disponen los artículos 6 Nº 3, 10 y 11 de la ley.

El capital de la sociedad anónima es el fondo común suministrado por los accionistas, dividido en títulos negociables representativos de una parte en él, denominados acciones, todos de igual valor. Si estuviere dividido en acciones de distintas series, las acciones de una misma serie tendrán igual valor.

En las sociedades de personas, particularmente en aquellas en que los socios responden solidaria e ilimitadamente frente a los acreedores por las obligaciones válidamente contraídas bajo la razón social, estos últimos cuentan con el patrimonio social y con el de los socios para hacer efectivos dichos créditos. En éstas sociedades en que se comunican las deudas del patrimonio social al de los socios, la garantía de los acreedores radica precisamente en esta circunstancia; de ahí que no existan exigencias relativas a la constitución, efectividad, conservación, aumento o disminución del capital social.

En cambio en las sociedades de capitales en que se ofrece como ventaja al inversionista el beneficio de la limitación de la responsabilidad en relación con el aporte realizado, no hay esta comunicabilidad de las deudas del patrimonio social al patrimonio del socio, quien en realidad deviene, en definitiva, sin responsabilidad por ellas. Siendo esto así, resulta evidente que el legislador tiene que reglamentar estricta y minuciosamente el capital social, elemento tipificador de esta clase de sociedades.

Principios del capital social.

1) Principio de la efectividad del capital.

Lo que busca este principio es que el capital sea real, teniendo en la legislación las siguientes manifestaciones: Los aportes no consistentes en dinero deben ser evaluados, según se desprende de los artículos 4 N° 5 y 15 inciso 3º y final. En los casos de aumento de capital, la junta debe además aprobar los aportes y su estimación.

Se prohíbe la creación de acciones de industria y de organización. (artículo 13) Esta prohibición está destinada a garantizar que todas las acciones de la sociedad sean de capital, que correspondan a una parte de él y representen un valor real pagado.

Al constituirse la sociedad debe suscribirse y pagarse a lo menos 1/3 del capital inicial de la sociedad y el saldo dentro del plazo de tres años, bajo sanción de reducirlo al capital suscrito y pagado. (artículo 11 inciso 2º).

2) Principio de la conservación del capital.

Mediante este principio se logra que el capital social mantenga el valor que tenía al tiempo de la constitución. Esto se trasunta en las siguientes disposiciones:

El capital se ajusta al resultado del ejercicio automáticamente, incorporando la revalorización del capital propio (artículo 10 incisos 2º y 3º).

Se establece el reajuste en Unidades de Fomento para el saldo de precios insoluto en las acciones (artículo 16 inciso 1º).

Se prohíbe a la sociedad adquirir sus propias acciones, salvo los casos excepcionales del artículo 27 de la ley. La adquisición de acciones por la propia sociedad significa una disminución del capital social que sólo puede tolerarse en casos excepcionales, con ciertas restricciones.

Se reglamenta de manera estricta la posibilidad de efectuar una disminución del capital social, requiriendo incluso ciertas medidas de publicidad (artículo 28).

Se establece que es obligatorio sacar los dividendos de los intereses líquidos del ejercicio, previa absorción de las pérdidas, si las hubiere (artículo 78).

Por último, no se encuentra en la actual regulación la norma paradigmática, manifestación del principio de conservación contractual contenida en el antiguo código de comercio y del DFL. 251 de 1931 que se traducía en la disolución de la sociedad cuando ésta perdiera un porcentaje determinado del capital social indicado en la ley o los estatutos sociales. Sin embargo, nada impide que se fije contractualmente.

Forma de fijar el capital social.

Este capital social deberá ser fijado de manera precisa en los estatutos sociales, pudiendo sólo ser aumentado o disminuido por reforma de los mismos. Así lo dispone el inciso 1º del artículo 10:

Artículo 10.º El capital de la sociedad deberá ser fijado de manera precisa en los estatutos y sólo podrá ser aumentado o disminuído por reforma de los mismos.

De la norma antes transcrita aparece una característica del capital, esto es, el de ser fijo e invariable. Demuestra, por otro lado, la función que cumple el capital social respecto de los acreedores, como una garantía del cumplimiento de las obligaciones sociales, en razón de su derecho de prenda general consagrado en el artículo 2465 del código civil. Es dicha garantía la que justifica una minuciosa regulación de estas materias, como ya se explicó al inicio de este apartado.

Revalorización del capital social.

Esta materia se encuentra regulada en los artículos 10 inciso 2º y 3º de la ley 18.046, 6, 7 y 8 del Reglamento.

No obstante lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 10 en cuanto a que es necesario una reforma de los estatutos sociales para modificar el capital social, el inciso 2º de dicho artículo establece una hipótesis especial, que se ha denominado revalorización automática del capital social; conforme a ella, el capital (y el valor de las acciones, al representar una parte alícuota de dicho capital) se entenderán modificados de pleno derecho cada vez que la junta ordinaria de accionistas apruebe el balance del ejercicio. Por consiguiente, el balance deberá expresar el nuevo capital y el nuevo valor de las acciones, resultante de la distribución de la revalorización del capital propio.

Por su parte, el reglamento en su artículo 6 dispone que la revalorización no afectará al número de acciones emitidas por la sociedad y sólo incrementará el capital social, el pagado de ésta y el valor de sus acciones, favoreciendo incluso a aquéllas de la sociedad que ésta posea en cartera, por haberlas adquirido en conformidad a la ley.

Ello significa que no existe una nueva emisión de acciones por la revalorización, sino solo un incremento del valor de las ya emitidas. Por otra parte, cuando habla de acciones que la sociedad posea en cartera, se refiere a las hipótesis en que la sociedad puede adquirir acciones de su propia emisión, conforme al artículo 27 de la ley de sociedades anónimas, norma que estudiaremos más adelante. Por último, cuando habla de Capital Pagado, se refiere al que ha sido efectivamente enterado en arcas sociales, en cumplimiento del contrato de suscripción de acciones, contrato que analizaremos a propósito del capital pagado.

Estas disposiciones buscan conciliar el valor contable del capital social, con el capital social establecido en la escritura social (capital nominal). Resulta de tal modo, una mayor garantía para el pago de las acreencias sociales.

La revalorización conforme a la ley se genera de pleno derecho con la aprobación de la junta general ordinaria de accionistas del balance respectivo. El Directorio por su parte, se encuentra obligado a efectuar planes de distribución. Así lo dispone el inciso 3º del artículo 10, al exigir que el Directorio, al someter el balance del 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.

La revalorización del capital se efectúa a través de una cuenta del activo denominada “**revalorización del capital social**”, que se distribuye o divide proporcionalmente entre las cuentas del pasivo no exigible, representativas de patrimonio y derechos de los accionistas, como son las cuentas “Capital pagado”, “utilidades retenidas” y “reservas”. Dicha distribución proporcional de la revalorización entre tales cuentas representativas del patrimonio, ha de efectuarse de manera que se respeten los diversos montos y permanencia de cada una de estas cuentas durante el ejercicio correspondiente (artículo 7 del reglamento).

Por último, el capital de la sociedad y el valor nominal de sus acciones (si hubiere acciones con valor nominal), aumentarán en la misma proporción que lo hiciera el Capital pagado, luego de aprobada la distribución proporcional por revalorización.

Veamos un ejemplo¹⁹:

El pasivo de una sociedad alcanza a la suma de \$ 9.000.000 (nueve millones), dividido en las siguientes cuentas:

Capital pagado : \$ 5.000.000 (cinco millones)
Utilidades retenidas : \$ 3.000.000 (tres millones)
Reservas : \$ 1.000.000 (un millón)

Por su parte, la cuenta del activo revalorización del capital propio presenta en el ejemplo un valor de : \$ 900.000 (novecientos mil). El valor de la acción es de \$ 5.000 (cinco mil).

El directorio distribuye proporcionalmente por permanencia y monto de la siguiente forma:

Capital pagado : 56 % \$ 504.000 (quinientos cuatro mil).
Utilidades retenidas : 33% \$ 297.000 (doscientos noventa y siete mil)
Reservas : 11% \$ 99.000 (noventa y nueve mil).

Si el valor de las acciones antes de la revalorización era \$ 5.000 (cinco mil), una vez revalorizada tiene un valor de \$5.504 (cinco mil quinientos cuatro), por la proporción de revalorización de la cuenta capital pagado.

Esta revalorización del capital propio, ha de relacionarse con el artículo 41 de la ley de Impuesto a la renta, la cual establece una norma similar.

Por su parte, el artículo 11 dispone que el capital social estará dividido en acciones de igual valor. Si el capital estuviere dividido en acciones de distinta serie, las acciones de una misma serie deberán tener igual valor.

El inciso 2º de este artículo establece una disposición particular respecto de la suscripción y pago del capital social. Al efecto dispone que al otorgarse la escritura de constitución, deberá suscribirse y pagarse una tercera parte a lo menos, del capital inicial de la sociedad. En todo caso, el capital inicial de la sociedad deberá quedar totalmente suscrito y pagado en un plazo no superior a tres años. Si así no ocurriese en dicho plazo, el capital social quedará reducido al monto efectivamente suscrito y pagado.

En este artículo aparece un principio constante en la ley de sociedades anónimas, cual es el de preservación o protección del capital social, al exigir que al momento de constitución de la sociedad anónima se haya suscrito y pagado a lo menos la tercera parte del capital inicial de la sociedad, debiendo en todo caso quedar pagado el total en un plazo no superior a tres años. Si en el plazo indicado no se paga el total del capital, se reduce de pleno derecho el capital a lo efectivamente pagado. Esta misma regla rige respecto del acuerdo de aumento de capital, acordado en junta extraordinaria de accionistas (artículo 57 nº2) al exigir reforma de los estatutos sociales. Dicho acuerdo no podrá establecer un plazo superior a tres años para la suscripción y pago de las respectivas acciones, cualquiera sea la forma de su entero (artículo 24 de la ley, 27 y 28 del reglamento de sociedades anónimas).

¹⁹ Ejemplo planteado por don Alvaro Puelma en su obra *Sociedades, ya citada*.

Clases de Capital:

La ley de sociedades anónimas distingue tres clases o tipos de capital:

- 1) Capital nominal;
- 2) Capital suscrito, y
- 3) Capital pagado.

1) El capital nominal es aquel fijado por los estatutos sociales, sea en el acto fundacional o en sus modificaciones posteriores, que si no es enterado completamente dentro del plazo de tres años contado desde la constitución, se reduce de pleno derecho.

El capital suscrito y del contrato de suscripción de acciones.

2) El capital suscrito es aquel colocado entre el público (o los accionistas de la sociedad) y que al suscribirlo le convierte en accionista, obligándose a enterar al fondo social el monto que representa la acción.

Este capital suscrito se constituye mediante el contrato de suscripción de acciones.

Dicho contrato podemos definirlo siguiendo a Georges Ripert como “un acto jurídico bilateral por el cual una persona se obliga a formar parte de una Sociedad Anónima y a aportar una suma en principio igual al monto nominal de su título”

Por otra parte, la doctrina nacional lo define como un “contrato solemne que debe constar por instrumento público o privado, en virtud del cual una sociedad anónima emite o se obliga a emitir un determinado número de acciones de pago y el suscriptor paga o se obliga a pagar dichas acciones”.

Si bien no existe mención expresa por la ley de este contrato, se colige de lo dispuesto en el artículo 11 inciso 2º, cuando señala que al momento de otorgarse la escritura de constitución, deberá suscribirse y pagarse a lo menos un tercio...Lo mismo cuando dispone que en todo caso el capital social deberá quedar totalmente suscrito y pagado... De la misma manera el artículo 12, al disponer que las acciones serán nominativas y su suscripción deberá constar por escrito en la forma que determine el reglamento.

De las normas antedichas se colige la existencia del contrato de suscripción de acciones, además de la circunstancia que dicho contrato puede celebrarse inclusive antes del contrato de sociedad o coetáneo a él. En este última hipótesis el contrato de suscripción de acciones, según don Fernando Fueyo, constituye un contrato preparatorio del de sociedad anónima.

Del punto de vista de las características del contrato de suscripción:

- Es bilateral;
- Es oneroso conmutativo;
- Es preparatorio o accesorio;
- Es puro y simple, y
- Es solemne.

Respecto a esta última característica, el artículo 12 de la ley en relación con el artículo 12 del Reglamento, exigen los siguientes requisitos:

- Instrumento público o privado firmado por las partes;
- Expresión del número de acciones que se suscribe;
- Expresión de la serie de acciones a la que pertenecen;
- La fecha de entrega del título respectivo, y
- Valor y forma de pago de las acciones suscritas.

En la antigua legislación se conocía la “promesa de acciones” como distinta de las acciones suscritas y no pagadas.

En cuanto al valor del contrato, esto es el precio de la suscripción, lo constituye el valor de colocación de las acciones, valor que lo decide la junta de accionistas según el artículo 26 de la ley en relación con el artículo 28 del reglamento.

Cabe preguntarse lo siguiente: El contrato de suscripción de acciones, ¿constituye o no un acto de comercio?. Lo anterior dependerá del carácter que le demos al artículo 3º de la ley, esto es si se trata de una enumeración taxativa o comprende otros actos que no se contemplan en sus numerandos. Por lo pronto, este contrato de suscripción de acciones constituye ya una adhesión al contrato de sociedad anónima, el cual es siempre mercantil. Más aun la doctrina comparada lo incluye como acto de comercio. Por último, este contrato incluye todas las características que hemos dado para definir un acto de comercio, esto es, todo acto de intermediación, realizado con ánimo de lucro y que tiene por finalidad la circulación de la riqueza.

Incumplimiento del contrato de suscripción. Formas de compeler al accionista al pago de las acciones.

En el evento que el asociado no cumple con su obligación fundamental de enterar su aporte pagando el valor de su acción, la sociedad puede disponer de los siguientes medios:

Vender en una Bolsa de Valores, por cuenta y riesgo del moroso, el número de acciones necesaria para pagarse de los saldos insolutos y los gastos, reduciéndole su título a las acciones que le resten.

- Aplicar las demás medidas y arbitrios que puedan contener los estatutos sociales (artículo 17), o
- Demandar judicialmente el cumplimiento forzado de la obligación de enterar el aporte estipulado, valiéndose de las reglas del juicio ejecutivo.

3) Capital pagado es aquel capital que ingresa en el patrimonio social en cumplimiento del contrato de suscripción de acciones. Dicho cumplimiento debe hacerse en el plazo que designen los estatutos, debiendo suscribir y pagarse a lo menos la tercera parte del capital inicial de la sociedad al constituir ésta. Este capital inicial (capital nominal) deberá quedar totalmente suscrito y pagado en un plazo no superior a tres años. Si de hecho no se cumple con lo anterior, la sanción será la reducción de pleno derecho del capital a lo efectivamente suscrito y pagado.

Respecto a las acciones suscritas y no pagadas, según el artículo 16 de la ley el saldo insoluto se reajusta por la Unidad de Fomento. Según el inciso 3º, gozan estas acciones suscritas y no pagadas de los mismos derechos que las íntegramente pagadas, salvo la participación en los beneficios sociales y las devoluciones de capital, que se efectúan en proporción a lo pagado.

Respecto a la reforma del capital, como es el aumento de éste según el 67 es objeto de una junta extraordinaria de accionistas, que acuerda el aumento del capital por los 2/3 de las acciones emitidas con derecho a voto.

El acuerdo, según el artículo 24 de la ley, relacionado con el artículo 27 y 28 del reglamento, no puede haber un plazo superior a tres años contados desde la fecha del acuerdo para la emisión, suscripción y pago de las acciones respectivas. Si no se enteran en ese plazo, queda reducido a la cantidad efectivamente pagada.

Existe una situación especial según el inciso 2º del artículo 24, en la cual no se aplica el plazo de tres años, cuando esté pendiente una emisión de bonos convertibles en acciones (relacionar con el artículo 103 y sgtes. De la ley 18.045).

Bienes susceptibles de ser aportados.

Esta materia se encuentra regulada en los artículos 13,15 y 67 N° 6 de la ley.

La regla general es que pueden aportarse a la sociedad todo tipo de bienes, siempre que sea susceptible de apreciación pecuniaria.

Existen ciertas normas especiales relativas al aporte en los siguientes casos:

Según el artículo 13 de la ley se prohíben las acciones de industria (trabajo personal) y de organización (especie de trabajo personal), no pudiendo por consiguiente, aportarse dicho trabajo personal. La legislación anterior permitía la existencia de este tipo de acciones y aportes, pero con la expresa prohibición de enajenar durante los dos años siguientes.

Si bien se prohíbe aportar el trabajo personal, no impide la ley el trabajo personal aplicado a una industria o al comercio, expresado por ejemplo en know how. Lo que se aporta en estos casos es el resultado de una labor, y no la obligación de trabajar.

Conforme al artículo 15, respecto de los aportes no dinerarios, la ley dispone que, salvo acuerdo unánime de las acciones emitidas, ellos deben ser estimados por peritos y aprobados por junta extraordinaria de accionistas con un quórum de a lo menos 2/3 de las acciones emitidas con derecho a voto (artículos 15 inciso 3º y 67 N° 6 de la ley de sociedades anónimas). Si el aporte se efectúa en el acto de constitución, la escritura social ha de contener la evaluación (artículo 4 N° 5).

Las acciones pueden pagarse en dinero efectivo u otros bienes. Si los estatutos nada dicen, se pagan en dinero. Si los Directores o gerentes aceptan una forma de pago distinta al dinero o la de los estatutos sociales, son solidariamente responsables del valor de colocación de las acciones pagadas en esa otra forma.

Aumento de capital.

El aumento de capital de una sociedad se puede verificar de diversas maneras²⁰:

a. Aumento por vía de nuevos aportes.

Constituye un acto jurídico plurilateral por el cual los socios de una persona jurídica incrementan su capital, obligándose a darle, esto es, a transferirle el dominio de una cosa o a constituir en su favor un usufructo sobre ella. Lo característico de esta forma de aumento de capital es que resulta esencial el nacimiento de una obligación de dar, la que pasa a constituirse en el objeto del acto jurídico, quedando así su causa constituida por el hecho que cada uno de los aportantes pasa a adquirir una parte proporcional del haber social.

Si lo que se aporta son bienes (no consistentes en dinero) o servicios, resulta esencial la tasación de los mismos, pues de lo contrario no sería posible determinar los derechos que adquiere el respectivo socio.

b. Aumento por vía de capitalización de utilidades.

Es un acto jurídico plurilateral por el cual los accionistas de una persona jurídica incrementan su capital social, haciendo que cierta cantidad que tienen derecho a retirar de la sociedad, se mantenga de manera permanente en la sociedad a título de capital social.

Lo característico de esta forma de aumento es que existe una renuncia de los socios a un derecho para exigir el cumplimiento de una determinada obligación de dar, cual es el pago de las utilidades por la sociedad. Los socios renunciando adquieren del haber social una parte proporcional a lo que representa su renuncia.

c. Aumento por vía de capitalización de reservas.

Por medio de este acto jurídico, los socios hacen que las sumas que se encontraban en el patrimonio social con un fin específico, dejen de estar destinadas al cumplimiento del mismo y pasen a incrementar al capital social.

Este acto engendra y extingue obligaciones; engendra la obligación de no retirar las sumas constitutivas del aumento de capital, y extingue la obligación de destinar tales dineros al cumplimiento del fin para el cual se creó la reserva.

d. Aumento por vía de capitalización de créditos que tengan los socios contra la sociedad.

Es un acto jurídico por el cual uno o más socios que son acreedores de la sociedad, aumentan su capital social mediante el aporte en dominio que le hacen de uno o más créditos de los que son titulares contra ella.

Se suscitan dudas respecto a la naturaleza jurídica del aumento por esta vía. Patrimonialmente, la sociedad extingue un pasivo por confusión. Sin embargo, ello no varía la circunstancia de haber adquirido un bien consistente en un derecho personal o crédito por un valor determinado.

Para algunas personas, en este caso existiría una compensación entre el crédito que los socios tenían con la sociedad y la deuda que ellos adquirieron con el acuerdo de aumento; sin embargo, la obligación que asumieron los socios con el acuerdo no fue la de enterar una determinada suma de dinero a la sociedad, caso en el cual sí operaría la compensación.

²⁰ Lyon Puelma, Alberto. *Teoría de la Personalidad*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993.

Para otra interpretación, en este caso existiría una condonación o remisión de una deuda, lo que no es verdadero, pues el crédito se considera como tal para determinar los derechos en el haber social. La verdadera voluntad de los socios ha sido transformar en capital una suma de dinero que tenían derecho a exigir que se les pagara por parte de la sociedad

Para llevar a efecto una ampliación del capital, según el artículo 24 ya comentado, el plazo para la suscripción y pago íntegro es de tres años.

Por su parte, el reglamento en el artículo 27 establece una regla especial respecto de las sociedades anónimas cerradas, cual es que cuando se acuerde un aumento de capital, la junta deberá acordar previa a la emisión de acciones de pago que se capitalicen las reservas legales por las utilidades retenidas y las revalorizaciones legales.

La capitalización se podrá efectuar mediante el aumento del valor nominal de las acciones, si existiere, o por la emisión de acciones liberadas de pago, lo que debe acordarse en la reforma de aumento de capital.

Las Acciones

La acción la concebimos de tres puntos de vista:

- Como una parte alícuota o proporcional en que se divide el capital social;
- Como un título representativo del aporte que hace cada accionista a la sociedad; y
- Como el documento que da cuenta de un conjunto de derechos que tiene el accionista en la sociedad anónima.

Estas acciones son siempre nominativas, y han de ser emitidas en la cantidad suficiente que reflejen o den cuenta del aporte que en el capital social representa cada una de ellas (artículo 12).

Transferencia de las acciones

Reglamentación:

La presente materia se encuentra regulada en los artículos 12 y 14 de la ley de Sociedades Anónimas, y artículos 15 a 17 del Reglamento.

Conforme las normas generales de nuestro Derecho, la transferencia del derecho de dominio requiere, para su validez de un justo título traslativo de dominio y de un modo de adquirir. En materia de acciones de sociedades anónimas, rigen las reglas generales respecto al título traslativo de dominio, particularmente rigen las normas de los artículos 703 y siguientes del código civil; es así como en cuanto a las condiciones relativas al precio y plazo de pago de las acciones, serán éstas las que el documento señale ello para efectos probatorios.

Las acciones como un título de crédito representativo de una serie de derechos, es siempre nominativa. La cesión de él se encuentra regulada en los artículos 12, 14 de la ley, 15 y 17 del reglamento. Las normas especiales se refieren al modo de adquirir el dominio en lo relativo a la transferencia o tradición de las acciones. Por consiguiente, se alteran las normas de los artículos 1901 y siguientes del código civil en lo relativo a la cesión de créditos nominativos.

En materia de tradición de acciones, particularmente en cuanto a la forma de ésta, el artículo 12 inciso 1º de la ley se remite al reglamento. Al respecto, hemos de distinguir dos situaciones:

a) Oponibilidad respecto de la Sociedad, accionistas y terceros.

- Perfeccionamiento entre cedente y cesionario:
El reglamento dispone que la cesión para que se perfeccione ha de constar en:
 - a) Escritura pública, o
 - b) Escritura privada firmada por el cedente y el cesionario, ante:
 - c) Dos testigos,
 - d) Corredor de bolsa, o
 - e) Notario público.

Este documento en que se materializa la cesión se denomina **“Traspaso de acciones”**. Puede que tanto el justo título como el traspaso consten en un solo documento, o pueden extenderse dos documentos diversos. Por lo demás la concurrencia de la voluntad de las partes debe acreditarse tanto en el documento en que conste el título traslativo de dominio como en el que conste el traspaso, al ser dos actos jurídicos distintos. Dicha voluntad ha de expresarse en las respectivas firmas y el nombre de las partes. También en ambos documentos, si los hay, es necesario singularizar las acciones transferidas mediante las siguientes menciones:

- a) Nombre de la sociedad emisora;
- b) Número de acciones transferidas;
- c) Si los títulos de las acciones se han emitido, deberá indicar su numeración; o
- d) Si los títulos no se han emitido, ha de señalarse tal circunstancia.

La cesión de acciones entre cedente y cesionario produce efecto desde la fecha en que se forma el consentimiento, que será aquella de la última firma de las partes.

b) Oponibilidad de la cesión a la sociedad y terceros.

El artículo 17 del reglamento dispone que ***“la cesión de las acciones producirá efecto respecto de la sociedad y de terceros desde que se inscriba en el registro de Accionistas, en vista del contrato de cesión y del título de las acciones”***.

Del texto transcrito aparece que para proceder a la inscripción es necesario presentar a la Sociedad el traspaso y el título de las acciones; pero, si no se han emitido todavía los títulos de dichas acciones, ¿pueden o no inscribirse las enajenaciones de éstas?. Perfectamente puede hacerse, toda vez que el reglamento no puede limitar un derecho que la ley le confiere al accionista, cual es su derecho a enajenarla. Por lo demás el artículo 12 de la ley delega al reglamento la determinación de la forma de la transferencia de acciones, no la determinación de los requisitos para su procedencia.

La transferencia solo producirá efectos respecto de la sociedad y terceros desde su inscripción. Esta regla ha de interpretarse en concordancia con el artículo 104 del reglamento que establece para el ejercicio de los derechos de los accionistas, que han de ser considerados como tales aquéllos que se encuentren inscritos en el registro de accionistas con 5 días hábiles de anticipación a aquel en que pueda ejercerse el derecho. En tal caso, podría darse la hipótesis que el ejercicio de ciertos derechos como los dividendos o la asistencia a junta le correspondieran a accionistas que ya enajenaron sus acciones.

Respecto de terceros, la oponibilidad de la cesión o transferencia importa para los casos de quiebra del cedente, embargos y constitución de gravámenes o prohibiciones convencionales o judiciales, a fin hacer improcedente la incorporación de dichas acciones a la masa de bienes de la quiebra o bienes embargados, y proceda la correspondiente tercería de dominio ejercida por el adquirente.

¿Qué actitudes puede adoptar la sociedad frente a un traspaso?

Los incisos 2º y 3º del artículo 12 de la ley y el artículo 16 del reglamento disponen que a la sociedad no le corresponde pronunciarse sobre la transferencia de las acciones y está obligada a inscribir sin más trámites los traspasos que se le presenten, siempre que éstos se ajusten a las formalidades mínimas que precise el reglamento.

Al respecto el artículo 17 del reglamento dispone que la inscripción la practicará el gerente o quien haga sus veces en el momento que tome conocimiento de la cesión o a más tardar dentro de las 24 horas siguientes, pudiendo acreditar los interesados que la sociedad ha tomado conocimiento de la cesión en mérito de una notificación practicada por:

- a) Corredor de bolsa; o
- b) Notario público.

Dichas personas en el acto de la notificación deberán entregar una copia del contrato de cesión y el título de las acciones, a menos que éste estuviere en poder de la sociedad.

Estas disposiciones imponen a la sociedad emisora la obligación de efectuar a la mayor brevedad posible la inscripción de las acciones en el Registro de Accionistas, la que por intermedio de su Gerente, no podrá rechazar traspasos invocando razones que importarían calificación de la persona del adquirente.

No obstante lo anterior, lo que sí puede hacer la sociedad es rechazar el registro del traspaso porque el acto jurídico que lo motivó no resulta un acto válido y legítimo, ya que al decir de nuestra Corte Suprema “el acto de registro es un acto jurídico causal que, por lo mismo, atiende a la causa o motivo, o lo que conocemos por título o antecedente de la adquisición. Por lo mismo, la causa, que ha de examinarse y calificarse, debe consistir en un acto válido y legítimo. Si se invoca una compraventa o una cesión de derechos, el vendedor o cedente debe ser dueño o actuar alguien por éste con facultades suficientes. Si el dueño es una sociedad, dicha sociedad deberá estar vigente y no disuelta, como sucede en la especie. Si fuera una comunidad, deberán obrar por sí o por representante todos y cada uno de los comuneros. Por esto último, este acto jurídico causal se opone al negocio abstracto, que hace abstracción de la causa y que por tanto se basta a sí mismo. El llamado “Traspaso de acciones”, por tanto no se basta a sí mismo”²¹.

En las sociedades anónimas abiertas la Superintendencia resolverá administrativamente, con audiencia de las partes interesadas, las dificultades que se produzcan con motivo de la tramitación e inscripción de un traspaso de acciones. De la resolución de la Superintendencia puede reclamarse de conformidad con el artículo 44 y ss. del DL. 3.538 del año 1980, o recurrirse a la justicia ordinaria en su caso.

En las sociedades anónimas cerradas, estas cuestiones deberá resolverlas la justicia ordinaria. No las resolvería el tribunal arbitral dispuesto en el artículo 125 de la ley, toda vez que el conflicto relativo a la inscripción se suscita entre la sociedad y un tercero que todavía no es accionista respecto de ella y terceros.

Por último, la Superintendencia podrá autorizar a las sociedades sometidas a su control, para establecer sistemas que simplifiquen en casos calificados la forma de efectuar las transferencias de acciones, siempre que dichos sistemas resguarden debidamente los derechos de los accionistas.

²¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXVIII, 2ª parte, sec. 5ª, págs. 269 y ss.

Limitaciones a la libre cesibilidad de las acciones.

En términos generales, la cesibilidad de la acción como título de participación social es uno de sus rasgos más característicos de las sociedades anónimas, y su supresión o limitación atenta contra la esencia misma de este tipo societario, salvo que la ley permite expresamente tales restricciones.

a) Sociedades anónimas abiertas:

En relación con la cesibilidad de las acciones en las sociedades anónimas abiertas, el artículo 14 inciso 1º de la ley 18046, señala que el pacto o estatuto social no podrá limitar la libre cesión de las acciones, pudiendo así los accionistas en principio cederlas libremente.

Esta conclusión es válida, siempre y cuando no se hubiere celebrado un pacto particular entre accionistas de restricción a la libre cesión, pacto que a su vez ha de cumplir ciertos requisitos de publicidad frente a los demás accionistas y terceros interesados en su conocimiento, como es el efectuar el depósito de éste en la sociedad y hacer una referencia a él en el registro de accionistas. Si no se cumplieren los requisitos anteriores, tales pactos se tendrán por no escritos.

La razón de que no puedan establecerse restricciones a la libre cesión de acciones en los estatutos sociales, proviene de la circunstancia que las sociedades anónimas como fueron concebidas en una economía de mercado, son verdaderos colectores del ahorro del público en general, y una restricción a la libre cesión limitaría la facultad de disposición de dichos ahorrantes (que en las sociedades anónimas abiertas son en su mayoría distintos de los socios fundadores que podrían establecer en el pacto constitutivo de la sociedad la referida restricción), que a pesar de no concurrir con su voluntad expresa al establecimiento de dicha limitación, según lo señala el artículo 22 de la ley 18046, al momento de comprar las acciones de una sociedad, tácitamente aceptan sus estatutos sociales y consiguientemente, se les aplicaría enteramente dicho pacto.

b) Sociedades anónimas cerradas:

La disposición legal comentada, relativa a la libre cesión en los estatutos sociales, al ser expresamente concebida para las sociedades anónimas abiertas, dejaría abierta la posibilidad para los socios de las sociedades anónimas cerradas establecer en los estatutos sociales pactos que limiten la libre cesión de las acciones.

Más aun, pactos particulares de accionistas podrían limitar dicho derecho a la libre cesión, siempre y cuando cumplan con los requisitos del inciso 2º del artículo 14 de la ley 18046. La razón e esto se encuentra en el carácter familiar acentuado que tienen estas sociedades, por lo que no tiene mayor relevancia la existencia de tales restricciones.

Transmisibilidad de las acciones.

Las acciones como pertenecientes a la categoría de valores mobiliarios, son transmisibles.

Los herederos o legatarios del accionista fallecido deben registrarlas a su nombre dentro del plazo de 5 años después de la muerte del causante accionista, bajo sanción de ser vendidas por la sociedad. El dinero que se obtenga de esta venta permanecerá a disposición de los herederos o legatarios por el término de 5 años, para entregárselo reajustado y con los intereses determinados en el artículo 84. Pasado este plazo, el dinero se entrega a los Cuerpos de Bomberos.

Al asignatario o adjudicatario se le hace la transmisión de la acción inscribiéndola a su nombre en el registro con el mérito de la exhibición de copia del testamento o de la resolución que concede la posesión efectiva de la herencia o del acto particional, acreditando el pago del correspondiente impuesto a la herencia. Rige al respecto el artículo 18 del reglamento.

Las acciones como un título o documento que da cuenta de un conjunto de derechos del accionista en la sociedad anónima.

La acción le confiere al accionista por el solo hecho de ser tal los siguientes derechos:

- Derecho a voto (artículo 21).
- Derecho de suscripción preferente (artículos 25 de la ley y 29 del reglamento).
- Derecho a retiro (artículo 69 y siguientes de la ley).
- Derecho a las utilidades sociales (artículo 79 de la ley).
- Derecho a la información (artículo 7).
- Derecho a la transferencia de la acción (artículo 14, con la excepción del 23 inciso 2º).
- Derecho a los repartos en la liquidación de la sociedad (artículos 110 y siguientes), y
- Derecho a convocar a la junta general de accionistas (artículo 58 N° 2 de la ley).

A estos derechos nos referiremos en el desarrollo de la materia.

Clasificación de las acciones:

I.- Acciones:

- Pagadas, y
- Suscritas no pagadas.

II.- Acciones:

- Ordinarias, y
- Preferentes.

III.- Acciones:

- Con valor nominal, y
- Sin valor nominal.

IV.- Acciones:

- Con derecho a voto, y
- Sin derecho a voto.

V.- Acciones:

- De pago, y
- Liberadas o crías.

Colocación de acciones.

La fijación del valor de colocación, se puede efectuar de dos maneras:

- 1) Directamente por la junta de accionistas, o
- 2) Por el Directorio.

Fijación por la junta de accionistas: (artículo 26 de la ley).

La junta debe actuar informadamente para la determinación del precio o valor de colocación de las acciones. Así lo dispone el artículo 28 del reglamento que impone la obligación al Gerente de informar debidamente a la junta de los valores bursátiles (precio de la acción en la bolsa) si existieren y en todo caso deberán informar del valor libro de la acción.

Fijación por el Directorio (inciso 2º del artículo 28 del Reglamento).

El reglamento faculta a la junta de accionistas para delegar en el Directorio la fijación final del precio e colocación de las acciones, siempre que la colocación se efectúe dentro de los 120 días siguientes a la fecha de la celebración de dicha junta.

En este caso, la delegación la establece el reglamento. Como según la ley la fijación la hace la junta de accionistas, al delegar debiera hacerlo según los parámetros que al respecto le fije la junta de accionistas para tal efecto.

¿Cuál es el destino de los fondos provenientes de la colocación de acciones de pago?.

Los artículos 26 inciso 2º de la ley y 32 del reglamento establece lo que ocurre cuando el valor de colocación de las acciones es distinto al valor nominal si lo tuviere, o lo que ocurre si no tienen tal valor.

El artículo 26 inciso 2º señala que el mayor valor que se obtenga en la colocación de acciones de pago por sobre el valor nominal si lo tuvieran, deberá destinarse a ser capitalizado y no podrá ser distribuido como dividendo entre los accionistas. Si por el contrario se produjere un menor valor, éste deberá registrarse como pérdida en los resultados sociales.

El artículo 32 del reglamento dispone la regla de las acciones sin valor nominal, estableciendo que el menor o mayor valor que se obtenga en la colocación de acciones de pago por sobre o bajo el valor que resulte de dividir el capital social por el total de acciones, afectará directamente al patrimonio social.

Sintetizando ambas disposiciones, podemos señalar:

- Si tienen valor nominal = valor de colocación.
- Si no tiene valor nominal = valor libro.

- Si tienen valor nominal y el valor de colocación es superior a aquél, se forma una reserva que no puede repartirse entre los accionistas, pero sí puede capitalizarse.

- Si el valor nominal es superior al valor de colocación, se considera pérdida.

Lo mismo se aplica al caso de las acciones sin valor nominal, pero considerando el valor libro con el de colocación.

Registro de accionistas:

Los artículos 13 y 14 del Reglamento regulan el Registro de accionistas, como aquel registro en que se anotará a lo menos el nombre, domicilio y cédula de identidad de cada accionista, el número de acciones de que sea titular (Se confirma la regla del reglamento, artículo 24, con una variante). Antes el Registro debía permanecer cerrado durante 3 días; hoy no.

En tal sentido, el artículo 14 del reglamento dispone que “el registro de accionistas podrá llevarse por cualquier medio, siempre que éste ofrezca seguridad de que no podrá haber intercalaciones, supresiones u otra adulteración que pueda afectar su fidelidad.

Si el registro se llevare por medios que no permitan dejar inmediata constancia de la constitución de gravámenes y de derechos reales distintos al de dominio sobre las acciones, la sociedad estará obligada a llevar un libro anexo para tal fin. Sin perjuicio de lo anterior, el gerente dentro de las 24 horas siguientes a la inscripción del derecho o gravamen en dicho libro, deberá incorporar la información al sistema por el cual se lleva el Registro”.

En la práctica normalmente el Registro de accionistas es un libro llevado a la manera del Libro Mayor o de Cuentas Corrientes, por accionistas, anotándose en él las emisiones o adquisiciones de acciones, los números de los títulos emitidos, las enajenaciones de éstas, con constancia de los títulos de acciones dejados sin efecto y el número de acciones que el accionista posee a título de saldo.

Importancia del registro de accionistas:

La ley supedita a la inscripción en dicho Registro el reconocimiento de la condición de accionista y, por consiguiente, el ejercicio de los distintos derechos que de tal condición emanan. Constituye así un requisito de oponibilidad del traspaso o transferencia de las acciones y de la constitución de derechos reales sobre éstas.

En ese sentido, la ley dispone lo siguiente:

Pueden participar en las juntas de accionistas y ejercer su derecho a voz y voto los titulares de acciones inscritas, con 5 días de anticipación, en el Registro de Accionistas, con relación a la fecha de su celebración (artículo 62).

El artículo 80 inciso 2º, supedita el reparto de acciones liberadas a los accionistas inscritos dentro de 5 días antes del reparto, en el Registro y

El artículo 81 inc. F dice que los dividendos se le pagarán a los accionistas inscritos con 5 días de anticipación en el Registro de accionistas al pago del dividendo.

El derecho de suscripción preferente solo le corresponde a aquellos accionistas que estén inscrito al día 5º anterior a la publicación de un aviso destacado (artículo 25 de la ley y 29 inciso 1º del reglamento).

La constitución de gravámenes y de derechos reales distintos al dominio sobre las acciones de una sociedad, no le son oponibles a ésta sino una vez notificada por ministro de fe, el cual deberá inscribir el derecho o gravamen en el Registro de Accionistas. (artículo 23 inciso 1º de la ley).

En general, los accionistas inscritos en el Registro de Accionistas con cinco días hábiles de anticipación a aquel desde el cual pueda ejercerse el derecho, serán considerados cada vez que sea necesario precisar en general a qué accionistas corresponde un determinado derecho social (artículo 104 del Reglamento).

Adquisición de acciones por la Sociedad, de su propia Emisión

¿Cuándo una sociedad anónima puede adquirir acciones de su propia emisión?

La respuesta a dicha pregunta se encuentra en el artículo 27 de la ley que establece tres hipótesis que configuran los únicos casos en que pueden ser adquiridas acciones de la propia emisión de la sociedad.

La sociedad anónima puede adquirir acciones de su propia emisión en los siguientes casos enumerados en el artículo 27 de la ley:

Cuando la adquisición resulte del ejercicio del derecho de retiro referido en el artículo 69.

El artículo 69 le concede al accionista disidente de los acuerdos de la junta de accionistas relativos a ciertas materias, el derecho a retirarse de la sociedad, previo pago por ésta del valor de sus acciones. Si se ejerce este derecho, la propia sociedad está adquiriendo acciones de su propia emisión. Por último, el valor al cual serán adquiridas tales acciones dependerá del tipo de sociedad anónima que se trate, esto es, si es abierta o cerrada. Si es abierta, serán adquiridas al valor de mercado. Si es cerrada, al valor libro. Este resulta en definitiva un caso en el cual la sociedad está obligada a adquirir las acciones de su propia emisión, constituyendo para la sociedad un verdadero contrato forzoso.

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

El artículo 99 de la ley define a la fusión como la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados. Asimismo, distingue dos tipos de fusión: por creación y por incorporación.

La hipótesis que plantea este número 2º se refiere a aquélla en la cual habiéndose materializado una fusión por incorporación, la sociedad que fue absorbida era anteriormente accionista de la sociedad absorbente. De esta manera, la sociedad absorbente adquiriría indirectamente acciones de su propia emisión. Sin embargo, la sociedad más que adquirir acciones, adquiere un patrimonio, tal y cual se desprende del artículo 99 de la ley.

Cuando la adquisición permita cumplir con una reforma de estatutos de disminución de capital, cuando la cotización de las acciones en el mercado fuere inferior al valor de rescate que proporcionalmente corresponda pagar a los accionistas.

La finalidad de la adquisición en esta hipótesis es la disminución de capital. Al acordarse ésta, ha de determinarse la forma, plazo y valor de restitución de las acciones comprendidas en ella.

Si el valor de mercado de las acciones es inferior al valor determinado en la disminución de capital, la ley permite a la sociedad adquirir las acciones a tal valor de mercado. Ello no obliga al accionista a renunciar al mayor valor que les corresponde, el cual se entiende incorporado a su patrimonio. El accionista puede aceptar vender sus acciones si por cualquier razón lo estime más conveniente a sus intereses.

Efectos de la adquisición:

Siendo de propiedad de la sociedad, las acciones adquiridas:

- No se computan para la constitución del quórum en las asambleas o juntas de accionistas;
- No tienen derecho a voto;
- No tienen derecho a dividendos;
- No tienen derecho de suscripción preferente;
- Pero sí se produce la revalorización del capital propio, conforme lo dispone el artículo 6 del Reglamento.

Obligación de enajenar:

Otro efecto que resulta de la adquisición de acciones de la propia emisión por la sociedad, es la obligación que nace para ésta de enajenar dichas acciones adquiridas, pero solo respecto de algunas de las hipótesis antes señaladas.

Es así como respecto de la primera y segunda hipótesis del artículo 27, eso es el ejercicio del derecho a retiro y a consecuencia de una fusión por incorporación de una sociedad que sea accionista de la absorbente, deberán enajenarse las acciones adquiridas en una bolsa de valores en el plazo máximo de un año a contar de su adquisición. Si así no se hiciera, se produce la disminución de pleno derecho del capital social. Este efecto no se produce lógicamente respecto de la tercera hipótesis, toda vez que supone en sí misma una disminución de capital.

En todos estos casos, sin embargo, ha de cumplirse con la oferta preferente que dispone el artículo 25 de la ley.

Constitución de gravámenes y de derechos reales distintos del dominio sobre acciones.

De conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la ley, la constitución de gravámenes y de derechos reales distintos del dominio sobre las acciones de una sociedad anónima no le son oponibles a ésta, a menos que se le hubiere notificado por ministro de fe, el cual debe inscribir el derecho o gravamen en el Registro de Accionistas.

La constitución de gravámenes y derechos reales sobre las acciones se explica desde que las acciones pertenecen a los títulos de crédito, cuya estructura está compuesta por un aspecto material y por una declaración instrumental o derecho incorporado. En su aspecto material el título de crédito acción es un bien mueble y como tal es susceptible de relaciones reales.

Las medidas de publicidad que permiten la oponibilidad de la constitución de usufructos y derechos reales diversos al dominio, no tienen otra finalidad sino que amparar los derechos de terceros y los de la propia sociedad.

Tratándose del derecho de usufructo, las acciones se inscriben en el registro de accionistas a nombre del nudo propietario (que no deja de ser dueño por establecer esta limitación a su dominio de los títulos) y del usufructuario, expresándose la existencia, modalidades y plazos del usufructo. Salvo disposición legal en contrario o estipulación de las partes, el nudo propietario y el usufructuario deben actuar de consuno frente a la sociedad.

La importancia práctica de esta disposición no puede desconocerse, toda vez que busca evitar dificultades respecto de los derechos que emanan de una acción dada en usufructo; pero resulta curioso que obligue a actuar de consuno a personas que tienen o pueden tener intereses divergentes respecto de la marcha de la sociedad.

En el caso de haber comunidad sobre una o varias acciones, los codueños están obligados a designar un apoderado común para actuar ante la sociedad.

Por último, respecto al embargo de acciones, la ley ha precisado que éste no priva a su dueño del pleno ejercicio de los derechos sociales, excepto el de la libre cesión de las mismas, que queda sujeta a las restricciones establecidas en la ley común.

Administración de la Sociedad Anónima

Reglamentación:

El artículo 1º de la ley 18.046 define a la sociedad diciendo que 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.

Por su parte, el artículo 4 N° 6 señala que la escritura social debe expresar la organización y modalidades de la administración social y su fiscalización y el N° 11 añade como otra mención la designación del Directorio provisorio, la cual conforme a lo dispuesto en el artículo 6º es esencial y su omisión acarrea la nulidad del contrato social.

Particularmente el título IV, artículos 31 y siguientes de la ley rige la administración.

Generalidades

La administración de la sociedad anónima a través de la cual la sociedad lleva adelante la ejecución de todos los actos y contratos que tienen por objeto cumplir el giro ordinario de la sociedad o que sean conducentes o necesarios a su consecución, la ejerce el Directorio, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 31, la ejerce un Directorio, el cual es elegido por la junta de accionistas. Dicha junta está constituida por la reunión de accionistas, órgano en el cual reside el poder soberano de la sociedad y que conoce de las materias consignadas en los artículos 56 y 57 de la ley. Según el artículo 49, toda sociedad anónima tendrá además uno o más gerentes, designados por el Directorio. Es en el o los gerentes en quien reside la representación judicial de la sociedad, desempeñando, además, las atribuciones y teniendo los deberes que le fije el Directorio; resulta así un representante permanente del Directorio.

Directorio

Características del cargo de director:

- Temporal;
- Esencialmente revocable;
- Indelegable;
- Representativo.

Temporal: El cargo de director no puede exceder de tres años. A falta de disposición expresa en los estatutos, se entiende que dura un año. La renovación del Directorio debe ser total y se efectuará al final de cada período (31 inciso 2º). Puede ser reelegido.

Revocable: Esto resulta esencial. Así lo determina el artículo 1º de la ley 18.046. El artículo 38 radica el derecho en la junta Ordinaria o Extraordinaria, que es la que lo elige, con una condición: que el Directorio ha de ser revocado siempre en su totalidad, a fin de garantizar la debida representatividad de sus miembros.

Indelegable: La función del director es indelegable, puesto que ningún director como miembro, puede hacerse sustituir en el desempeño de su cargo (artículo 39 inciso 1º). El Directorio, como cuerpo u órgano colegiado puede delegar en parte sus funciones, en el gerente, subgerente o abogados de la sociedad, acorde al artículo 40 inciso final.

Representativo: El director es representativo de la sociedad y no de los socios que lo eligen (39 inciso final).

Nombramiento de los directores.

El inciso 1º del artículo 37 nos señala que la calidad de director se adquiere por la aceptación del cargo, en forma expresa o tácita.

La designación del director, por regla general lo hace la junta Ordinaria de accionistas. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 31, en relación con los artículos 55 y 56 N°3, que indican qué es una Junta Ordinaria y de qué materias conoce.

Excepcionalmente, la designación no la hace la junta ordinaria, en los siguientes casos:

- Si no se reúne la junta y ha expirado el plazo del nombramiento de los directores, se entenderán prorrogadas sus funciones, según el artículo 34.

El Directorio provisorio a que alude el artículo 4 N°11, se designa en la escritura y lo nombran los accionistas que concurran al nombramiento.

- Si se produce la vacancia de un director, el fallecimiento o es procesado por un delito que merezca pena aflictiva (artículo 35-37), debe renovarse totalmente el Directorio en la próxima junta y entretanto el Directorio designa al reemplazante. Esta norma no tiene aplicación si se hubieren designado directores suplentes, quienes pasan en tal evento a reemplazar al titular de manera definitiva (artículo 32 inciso 1º, segunda parte), salvo que se produzca la vacancia del director suplente a la vez, caso en el cual el Directorio podrá designar un reemplazante (32 inciso final).

Al mecanismo de elección alude el artículo 74 del reglamento, que es similar al de las votaciones; particularmente, la elección puede ser hecha a viva voz o por papeleta firmada por el accionista o quien lo represente, siendo proclamados electos los que resulten con las primeras mayorías, hasta completar el número que corresponde elegir. La renovación del Directorio será siempre total.

En una situación especial se encuentra el nombramiento de los directores suplentes, que veremos más adelante.

Número de Directores

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 31 inciso 3º, para determinar el número mínimo de directores, hay que distinguir si se trata de una sociedad anónima abierta o cerrada.

- Sociedad Anónima Abierta: no podrá estar integrado por menos de cinco miembros.
- Sociedad Anónima Cerrada: no podrá estar integrado por menos de tres miembros.

Directores Suplentes

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 32 de la ley, la designación de directores suplentes es una cláusula accidental del pacto social, toda vez que requiere de pacto expreso para su designación.

En el evento de contener dicha cláusula accidental de designación, cada director titular ha de tener un suplente, siendo este suplente única y exclusivamente del titular por el cual se le ha designado.

El mecanismo de elección del director suplente se contiene en el artículo 34 del reglamento, el cual destaca que para la elección del Directorio en sociedades que tengan directores titulares y suplente, se deberá postular al titular y a su respectivo suplente, eligiéndose en una misma y única votación, y favoreciéndose el director suplente que postule conjuntamente con éste de los votos que favorezcan a un determinado director titular.

Dicho director suplente puede reemplazar transitoria o definitivamente a su titular. Le reemplaza transitoriamente en caso de ausencia o impedimento temporal de éste, y definitivamente en caso de vacancia.

¿Qué ocurre si se produjere la vacancia del cargo de director titular y de su suplente a la vez?, ¿Quién ocupa el cargo de dichas personas?

En tal caso conforme lo dispone el artículo 32 inciso final, se procederá a la renovación total del Directorio en la próxima junta ordinaria de accionistas que deba celebrar la sociedad. En el intertanto, el Directorio tiene la facultad de designar un reemplazante, que durará hasta la celebración de la referida junta.

En cuanto a las facultades de las cuales se encuentran investidos los directores suplentes, hemos de distinguir dos situaciones:

- Cuando reemplazan a los titulares en sus cargos,
- Cuando no reemplazan a los titulares en sus cargos.

Cuando reemplazan a los titulares en su cargo, tienen las mismas atribuciones y deberes de los titulares, gozando, por consiguiente, de derecho a voz y voto; en el segundo caso, el inciso 2º del artículo 32 nos señala que ellos siempre podrán participar en las reuniones del Directorio con derecho a voz, pero nunca con derecho a voto. Esta circunstancia de poder concurrir a la sesión de Directorio con derecho a voz, les hace responsables de la misma manera que lo son los directores titulares y el gerente por los acuerdos adoptados y que dolosa o culpablemente causen perjuicios a la sociedad a los accionistas o terceros, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 41, 48 inciso 4º, 49 inciso 2º y 133 de la ley.

Respecto a las disposiciones legales que rigen a los directores suplentes, el inciso 3º del artículo 32 señala que se le aplicarán las mismas normas establecidas para los titulares, salvo norma expresa en contrario o que por la naturaleza misma de la disposición aparezca que no le son aplicables.

Remuneraciones de los directores.

En el antiguo artículo 102 del DFL. 251, el legislador era muy rígido en esta materia, al punto que ningún director podía percibir más del 1% de la utilidad líquida del ejercicio, ni el Directorio en conjunto más del 5%, como tope máximo legal.

- En la actualidad el artículo 33 de la ley 18.046 señala al respecto tres reglas:
 - Los estatutos deben indicar si el cargo de director es o no remunerado;
 - Si lo es, la Junta Ordinaria de accionistas ha de fijar anualmente la cuantía; y
- En las sociedades anónimas abiertas, deberá presentarse el detalle de todas las remuneraciones de los directores en la memoria anual que someten éstos a la aprobación de la junta de accionistas, incluyendo además cualquier estipendio que provenga por funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo, por gastos de representación viáticos o regalías, etc.

Por su parte, el artículo 35 del reglamento dispone que en los casos en que los estatutos sociales fijen que el cargo sea remunerado, la junta ordinaria de accionistas deberá pronunciarse por dicha remuneración de manera anticipada, para el ejercicio siguiente. La remuneración en tal caso podrá consistir en a) Dieta, esto es una suma de dinero fija, por el ejercicio comercial correspondiente b) Participación en las utilidades, en un porcentaje determinado de las utilidades del próximo ejercicio o c) sumas periódicas determinadas.

Agrega el reglamento que cualquier otra remuneración por funciones o empleos distintos del ejercicio del cargo de director, deberá ser autorizada o aprobada por la junta de accionistas. Sería este el caso, por ejemplo de un abogado que siendo director de la sociedad, ejerce un cargo dentro de la sociedad acorde a su profesión, requiriendo para la fijación de sus honorarios, la aprobación de la junta de accionistas.

Lo dispuesto en los dos párrafos precedentes tiene importancia por la sanción que establece el artículo 36 del reglamento a una remuneración no autorizada o aprobada por la junta de accionistas, esto es, hace responder solidariamente de su devolución al director favorecido con ella y a quien hubiere ordenado su pago. Esta disposición reglamentaria, sin embargo, olvida su propia naturaleza, el ser un decreto de ejecución de la ley de sociedades anónimas, no pudiendo por consiguiente fijar una sanción si la ley no la establece. Más aun cuando según lo dispuesto en el artículo 1511 inciso 2º del código civil, la solidaridad pasiva reconoce como únicas fuentes a la ley, la convención o al testamento, no pudiendo incluir dentro de la acepción ley al reglamento de ejecución, a virtud de lo dispuesto en los artículos 1 del código civil y 60 Nº 20 de la Constitución Política de la República.

Incompatibilidades para ser director.

En esta materia distinguimos las incompatibilidades establecidas por la Constitución Política y las establecidas por la ley de Sociedades Anónimas.

Los artículos 55, 56 y 57 de la Constitución Política de la República establecen incompatibilidades entre el cargo de senador o diputado y director de una sociedad anónima. Tales artículos se resumen en las siguientes ideas:

Si se trata de una sociedad anónima en que el Estado tenga participación, y el cargo de director lo ejercía el senador o diputado antes de su elección, cesa tal cargo de director. Si el nombramiento de director es sobreviniente, dicho nombramiento es nulo de pleno derecho, conforme los artículos 55 y 56 de la Constitución.

Si se trata de una sociedad anónima en que el Estado no tenga participación, el diputado o senador cesa en su cargo, desde el momento que acepta el nombramiento de director, según el artículo 57 de la Constitución.

Respecto a las causales indicadas por la ley de sociedades anónimas en los artículos 35 y 36, ha de distinguirse:

Las indicadas en el artículo 35, que corresponden a inhabilidades propiamente tales y se aplican tanto a las sociedades anónimas abiertas como a las cerradas.

Las indicadas en el artículo 36, que corresponden a incompatibilidades y se refieren a las sociedades anónimas abiertas y a sus filiales.

El artículo 35 dispone que no podrán ser directores de una sociedad anónima:

- Los menores de edad;
- Las personas afectas por la revocación a que se refiere el artículo 77 de esta ley;
La revocación a que se refiere el artículo 77 dice relación con la aprobación o rechazo de la memoria anual, balance general y estados de ganancias y pérdidas que presenta el Directorio a la junta de accionistas. Si ésta rechaza el balance por observaciones específicas y fundadas, el Directorio deberá someter uno nuevo a su consideración en la fecha que ella determine, que no podrá exceder de 60 días contados de la fecha del rechazo.

Si la junta rechazare el nuevo balance sometido a su consideración, se entenderá revocado el Directorio sin perjuicio de las responsabilidades que resulten, debiendo proceder en dicho caso a elegir uno nuevo.

Por el hecho del segundo rechazo, los directores que hubieren aprobado el balance que motivó su revocación, quedarán inhabilitados para ser reelegidos por el período completo siguiente, entendiéndose a su vez que esta inhabilidad lo es tanto para ser director titular, como suplente, según lo dispone el artículo 37 del reglamento.
- Las personas encargadas reos o condenadas por delito que merezca pena aflictiva o de inhabilitación perpetua para desempeñar cargos u oficios públicos, y los fallidos o los administradores o representantes legales de personas fallidas procesadas o condenadas por delitos de quiebra culpable o fraudulenta y demás establecidos en los artículos 203 y 204 de la ley de quiebras.
La referencia a los artículos 203 y 204 hemos de entenderla hecha a los artículos 232 y 233 de la ley 18.175, actual ley de quiebras que se refieren a la quiebra culpable y fraudulenta.
- Los funcionarios públicos o de empresas en que el Estado tenga participación, que ejercen, directamente y de acuerdo con la ley funciones de fiscalización o control respecto de dicha sociedad anónima fiscalizada o controlada.
Esta inhabilidad se aplica aun por causa sobreviniente, según lo dispone el inciso 2º del artículo 35, que expresa las personas que adquieran la calidad de funcionarios en los Organismos o Empresas públicas que menciona, cesarán automáticamente en el cargo de director de una entidad fiscalizada o controlada.

Por su parte el artículo 36 de la ley dispone verdaderas incompatibilidades del cargo de director de una sociedad anónima abierta o de sus filiales con los siguientes:

- Con el cargo de senador y diputado;

En virtud del principio de supremacía constitucional, cualquier norma del ordenamiento jurídico que sea de grado inferior, deberá someterse tanto formal como materialmente a los preceptos constitucionales. En este sentido, si analizamos que la Constitución dispuso que los parlamentarios no podían ser directores de una Sociedad Anónima, sin distinguir entre abiertas y cerradas, forzoso sería concluir que una disposición legal que solo la circunscribiera a las abiertas, vulneraría el referido principio constitucional, siendo nula de derecho público por el artículo 7 de la Constitución; sin embargo, no puede pensarse que el legislador ignorara la norma Constitucional relativa a la incompatibilidad del parlamentario para ser director de una sociedad anónima, y por consiguiente, al circunscribir la incompatibilidad a las abiertas, ha venido a dejar de manifiesto que la actual sociedad anónima cerrada no tiene otro significado de ser una suerte de Sociedad de Responsabilidad Limitada por Acciones, o bien un nuevo tipo social que a la sazón no existía, porque al momento de dictarse la Constitución de 1980 no se conocía la distinción entre sociedades anónimas abiertas y cerradas, las actuales cerradas son diferentes a las anónimas de dicho momento, desde que todas estaban sometidas al control de la Superintendencia de Valores y Seguros, la que daba además la autorización de existencia para poder constituirse.

Además, las sociedades anónimas abiertas comprometen la fe pública, no así las cerradas, que son de carácter familiar.

Por último, existiría un contrasentido que un parlamentario pueda ser socio de una sociedad de responsabilidad limitada y como tal tiene facultades de administrar libremente la sociedad, estando inclusive más empapado en la gestión de la sociedad que un director de una sociedad anónima cerrada.

Por tales razones, la ley en este artículo 36 N°1 no ha venido a contrariar o interpretar la Constitución, sino que la complementa en los términos que aparecen en la norma legal.

- Con el de ministro y subsecretario de Estado, jefe de servicio y director superior inmediato que los subroge. Sin embargo, esta incompatibilidad no se aplica en los siguientes casos:
- En el caso de ejercer dichas personas el cargo directivo de una sociedad anónima abierta en las que el Estado según la ley deba tener representantes en su administración, o
- Cuando el Estado sea accionista mayoritario de dichas sociedades anónimas, ya sea directa o indirectamente a través de Organismos de administración autónoma, empresas fiscales, semifiscales, de administración autónoma, o aquellas en que sea accionista mayoritario.
- Con el cargo de funcionarios de la Superintendencia de Valores y Seguros; ello porque es la que ejerce el control, vigilancia y fiscalización de las sociedades anónimas abiertas, y
- Con el de corredor de bolsa y agente de valores (el concepto de ambos se encuentra en el artículo 24 inciso 3º de la ley 18.045 sobre mercado de valores), salvo en las bolsas de valores.

El efecto que generan estas incompatibilidades e inhabilidades es el mismo y se consigna en el inciso 2º del artículo 37, esto es, cesa automáticamente en el cargo de director el que se encuentra afecto a incapacidad legal sobreviniente o inhabilidad.

Obligaciones del Directorio y Directores.

Enunciación:

- Rendir cuenta de su gestión (artículo 74 inciso 2º).
- Informar a los accionistas de las operaciones sociales (artículo 46).
- Guardar reserva (artículo 43).
- Comunicar los asuntos en que tenga interés (artículo 44).
- Convocar a la junta (artículo 55).
- Prohibición (artículo 42).
- Cuidar de los negocios sociales (artículo 41).

Rendir Cuenta:

El artículo 74 inciso 2º dispone que el Directorio deberá presentar a la consideración de la junta ordinaria de accionistas:

- Una memoria razonada acerca de la situación de la sociedad en el último ejercicio;
- Un balance general, el estado de ganancias y pérdidas; y
- El informe de los auditores externos o inspectores de cuentas que examinan las operaciones sociales del ejercicio.

La aprobación de esta rendición de cuentas tiene un carácter especial, toda vez que si una de las partidas de ella (como es el balance general) es rechazada por observaciones específicas y fundadas, debe ser re confeccionada. El nuevo rechazo de dicha partida, conlleva la revocación de pleno derecho del Directorio en su conjunto. Por consiguiente, no se aplican al respecto las normas del título XIII del libro III del código de procedimiento civil, artículo 693 a 696 relativos al juicio sobre cuentas, ni 227 del código orgánico de tribunales.

Obligación de Informar:

La obligación de informar dice relación con diversos aspectos:

- Obligación de informar la situación legal, económica y financiera de la sociedad;
- Obligación de poner a disposición de los accionistas ciertos documentos relativos a la constitución y funcionamiento de la sociedad; y
- Respecto de sociedades que efectúan oferta pública de sus valores, obligación de informar hechos relevantes, impuesta por la ley 18.045 sobre mercados de valores.

El artículo 46 de la ley de sociedades anónimas impone al directorio la obligación de suministrar noticia a los accionistas y al público de la situación legal, económica y financiera de la sociedad. Al respecto dispone que “El directorio deberá proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Superintendencia determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad”.

En el evento que la infracción a lo anterior irroque un perjuicio a la sociedad, a los accionistas o a terceros, los directores infractores serán solidariamente responsables de los perjuicios causados. Ello no hace sino reiterar la responsabilidad que con carácter de general asumen los directores, cual lo dispone el artículo 41 inciso 1º en relación con el artículo 133 de la ley.

El referido artículo 46 hemos de relacionarlo con lo dispuesto en el artículo 7 de la ley de sociedades anónimas, que como anexo de la obligación anterior incide en diversos aspectos.

Artículo 7.º La sociedad deberá mantener en la sede principal y en la de 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 sus modificaciones, en su caso, y de los datos referentes a sus legalizaciones. Deberá asimismo, mantener una lista actualizada de los accionistas, con indicación del domicilio y número de acciones de cada cual.

Los directores, el gerente, el liquidador o liquidadores en su caso serán solidariamente responsables de los perjuicios que causen a accionistas y terceros en razón de la falta de fidelidad o vigencia de los documentos mencionados en el inciso precedente. Lo anterior es sin perjuicio de las sanciones administrativas que además pueda aplicar la Superintendencia a las sociedades anónimas.

Es así como la ley impone a la sociedad el deber de mantener en la sede principal y en la de 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 reformas, y
- Más una lista de los accionistas con indicación de su domicilio y número de acciones de cada cual.

De la misma manera, hace solidariamente responsable a los directores y al gerente de los perjuicios que causen a los accionistas y terceros por la falta de fidelidad o vigencia de tales documentos.

Por último, esta obligación de informar que recae particularmente sobre el Directorio debemos relacionarla con la obligación que impone la ley de mercado de valores a las sociedades anónimas que efectúan oferta pública de sus valores, que dice relación con la obligación de informar hechos relevantes, esto es, de divulgar en forma veraz, suficiente y oportuna, todo hecho o información esencial respecto de ellas mismas y de sus negocios al momento que él ocurra o llegue a su conocimiento, contenido en el artículo 10 de dicha ley. No obstante esta obligación, mediante un acuerdo del Directorio adoptado por a lo menos las tres cuartas partes de sus integrantes en ejercicio, puede darse el carácter de reservado a ciertos hechos o antecedentes que se refieran a negociaciones aun pendientes que al conocerse puedan perjudicar el interés social.

Cabe agregar, respecto de las situaciones antes señaladas, lo siguiente:

Podemos concluir que la obligación de informar es absoluta respecto de las dos primeras situaciones mencionadas, no así respecto de la tercera de ellas, que contiene una excepción mediante los acuerdos y operaciones reservadas que adopta el Directorio.

La diferencia entre estas tres situaciones radica en que las dos primeras dicen relación con actos que son constitutivos de la sociedad, como son el pacto social y sus reformas, y además con quién tiene la condición de accionista de dicha sociedad. Sin embargo, la tercera situación dice relación con actos y contratos que la sociedad ejecuta o celebra para la consecución del negocio social que, por su trascendencia para la sociedad, es necesario mantener en reserva.

Respecto de la omisión de la información y además de los acuerdos por información reservada que dolosa o culpablemente se adopten, responden por los perjuicios causados, solidariamente los directores. Así lo disponen los artículos 46 inciso 2º, 7 inciso 2º de la ley de sociedades anónimas y 10 inciso final en relación con el artículo 55 de la ley sobre mercados de valores.

En los tres casos mencionados, sin perjuicio de la responsabilidad ya expuesta, la infracción a las obligaciones referidas hace a las sociedades anónimas abiertas responsables por las sanciones administrativas que les pueda aplicar la Superintendencia de Valores y Seguros.

Obligación de guardar reserva.

El artículo 43 inciso 1º de la ley dispone que los directores están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía.

La obligación que impone esta disposición respecto del director, puede resumirse en una frase: guardar la debida prudencia y moderación respecto de los negocios sociales.

Resultan dos situaciones distintas la obligación de informar al público o los accionistas de la situación legal de la sociedad y la obligación de reserva que pesa sobre los directores respecto de los negocios sociales.

La reserva a que alude este artículo dice relación tanto con las operaciones sociales que se han acordado pero no ejecutado, como las que se encuentran actualmente en deliberación dentro del Directorio y que no se hayan dado a conocer oficialmente por la sociedad.

Del punto de vista de la información, esta disposición no resulta sino una contrapartida de la obligación de informar los hechos relevantes en las sociedades anónimas abiertas, particularmente antes que se deban dar a conocer, y además cuando se adoptan excepcionalmente acuerdos reservados como lo vimos en el párrafo anterior.

Excepciones a la obligación de reserva:

El inciso 2º del artículo 43 establece una excepción a la obligación de guardar reserva, cuando ésta (reserva) lesione el interés social o se refiera a hechos u omisiones constitutivas de infracción de los estatutos sociales, de la legislación aplicable a las sociedades anónimas o de sus normas complementarias.

No existe obligación de reserva en los siguientes casos:

- Si ella lesiona el interés social; o
- Si se refiere a hechos u omisiones constitutivas de infracción de los estatutos sociales; o
- Si se refiere a hechos u omisiones constitutivas de infracción de la legislación aplicable; o
- Si se refiere a hechos u omisiones constitutivas de infracción de sus normas complementarias.

Ejemplo de esta última hipótesis resulta la obligación de proporcionar información relevante en las sociedades anónimas abiertas según lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 18.045.

Obligación de comunicar a los demás directores de las operaciones en las cuales tenga interés cada director.

El artículo 44 de la ley establece la obligación. Al respecto señala que una sociedad anónima sólo podrá celebrar actos o contratos en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas por el Directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Los acuerdos que al respecto adopte el Directorio serán dados a conocer en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación.

La obligación del director recibe particular aplicación respecto de un acto, contrato o negociación que, proyectada por el Directorio, uno o más de sus integrantes tienen interés, ya sea por sí o como representante de otra persona que tiene dicho interés. En esta hipótesis, el director se encuentra obligado a informar la existencia de éste al resto del Directorio.

La circunstancia que un director tenga interés en una negociación específica o sea representante de otra persona que tenga tal interés, no impide que la operación se concrete, siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos, como son:

- Que el Directorio conozca dicho negocio;
- Que lo apruebe;
- Que dicho negocio se ajuste a las condiciones de equidad en que operaciones similares se lleven a efecto en el mercado, entendiendo por tales las imperantes en la misma época de su ocurrencia (artículo 136 de la ley de sociedades anónimas).
Esta norma tiene por finalidad impedir la obtención de beneficios indebidos por personas vinculadas a la sociedad;
- Que se den a conocer los acuerdos de Directorio respecto de dichas operaciones en la próxima junta de accionistas.
- Que en la citación a dicha junta se haga mención expresa del acuerdo del Directorio respecto de esta materia.

La infracción a dichos requisitos no afecta la validez de la operación, pero da derecho a ejercer la acción de perjuicios por los daños ocasionados, junto con el derecho a pedir al director interesado el reembolso a la sociedad de una suma equivalente a los beneficios que él, sus parientes o sus representados les hubieren reportado dichas negociaciones, además de las sanciones administrativas y penales que procedan.

Por su parte el artículo 93 de la ley hace aplicable esta obligación de declarar el interés envuelto y los requisitos exigidos para efectuar tal operación, al director de una sociedad matriz respecto de una filial²², acotando que los acuerdos referentes a operaciones en que tenga interés uno de los directores, serán dados a conocer en la primera junta ordinaria de accionistas de ambas sociedades, por quienes las presidan.

²² El concepto de sociedad matriz lo da el artículo 86 de la ley 18.046 que la define como aquella que, a) controla directamente o través de una persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto si es anónima o del capital si es de personas, o b) pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores.

Vinculado con lo anterior, el artículo 89 de la ley explicita la obligación de efectuar una operación entre la sociedad matriz y la filial o una sociedad anónima abierta y personas relacionadas a un mismo grupo empresarial, en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. Lo particular de esta hipótesis radica en la circunstancia de hacer responsable de las pérdidas o la indemnización de perjuicios que pudieren causar a la sociedad por las operaciones que no cumplen con tales requisitos de equidad, no sólo a los directores de la sociedad matriz o anónima parte de un grupo empresarial²³, sino también al órgano de administración de la sociedad filial o relacionada, pudiendo por consiguiente dirigirse tales acciones contra cualquiera de ellos.

Reglas especiales:

La existencia del interés de un director en alguna operación social, resulta una cuestión de hecho que ha de probarse conforme el principio general del artículo 1698 del código civil; sin embargo, la ley presume de derecho la existencia de dicho interés en lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 44, esto es, cuando tenga que intervenir como parte él mismo, su cónyuge o sus parientes (hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad), o las sociedades o empresas en las cuales sea el director o dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital.

La ley respecto de estas situaciones especiales, no exige que la contraparte de la sociedad anónima sea el director, sino que basta con que tenga interés en la operación, por lo que involucra actos en que el interés del director proviene de su calidad de parte en el contrato celebrado directamente con la sociedad, como también de aquellos de mediación, agencia, distribución o suministro en que la realización de la operación puede representar una ventaja económica para el director o las personas cuyo interés la ley identifica, equiparándolos a los que el director realiza directamente como parte²⁴.

Por último, el inciso 3º de la norma antes mencionada plantea casos en los cuales no se considera que los directores actúan como representantes de otra persona. Tales casos son:

- Los directores de una sociedad filial que hayan sido designado por la matriz;
- Los directores que representen al Estado, a sus Organismos autónomos o empresas fiscales, semifiscales o de administración autónoma, que conforme a la ley, deben tener representantes en la administración de la sociedad o ser accionistas mayoritarios de ésta.

²³ El artículo 96 de la ley 18.045 sobre mercados de valores define al grupo empresarial como un conjunto de entidades que, presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o está subordinada a éstos o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten.

²⁴ Puelma, Alvaro. *Sociedades*, tomo II, página 533.

Obligación de convocar a junta general de accionistas.

El artículo 58 inciso 2º establece la obligación del Directorio de convocar a junta general de accionistas en los casos que señala, distinguiendo entre convocatorias a juntas ordinaria o extraordinaria de accionistas cuya iniciativa proviene del Directorio, o a requerimiento de los accionistas o de la Superintendencia de Valores y Seguros y que veremos al tratar la convocatoria a la junta de accionistas.

Relacionados al artículo 58 se encuentran los artículos 34 y 101 de la ley que disponen el deber de convocar a la junta de accionistas:

- a) En el caso de no celebrarse por cualquier razón la que debía elegir a los directores, debiendo convocar dentro de los 30 días a una junta para que efectúe la designación, prorrogando entretanto las funciones de los directores que cumplieron su período hasta que se elija un reemplazante (artículo 34 de la ley); y
- b) Cuando el Directorio haya cesado en el pago de una o más de sus obligaciones o haya sido declarada la quiebra por sentencia ejecutoriada, debiendo convocar a una junta que deberá celebrarse dentro de los 30 días que acaeció la cesación o la declaración de quiebra, a fin de informar ampliamente sobre la situación legal, económica y financiera de la sociedad (101 de la ley).

En el caso específico de las sociedades anónimas abiertas que hubieren cesado en el pago de una o más obligaciones, junto con la obligación del artículo 101 ya expuesta, debe su gerente o a falta de éste sus directores dar cuenta a la Superintendencia de tal hecho, al día siguiente hábil a más tardar. La misma comunicación a la Superintendencia ha de efectuarse si algún acreedor social solicitare la quiebra de ella, sin perjuicio que el tribunal ante el cual se solicita la declaratoria ha de efectuarla igualmente, haciéndolo además respecto de la sentencia que declare la quiebra.

Prohibiciones particulares de los directores.

Dichas prohibiciones se encuentran contenidas en el artículo 42 de la ley. En términos generales, estas prohibiciones se pueden resumir en la contenida en el número 7 de este artículo, a saber, se prohíbe practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social.

El propósito de esta norma es exigir a los directores el respeto del interés social por sobre el particular, interés tanto de los accionistas individualmente considerados como de los propios directores. Además les exige un mínimo de decoro, dignidad y lealtad con la organización social, elevando de tal manera a una condición jurídica a un deber moral de conducta, cual es la decencia y el recato.

Es así como los directores no podrán:

- Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados;
- Impedir u obstaculizar las investigaciones destinadas a establecer su propia responsabilidad o la de los ejecutivos en la gestión de la empresa;
- Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información;
- Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales;
- Tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en provecho propio, de sus parientes, representados o sociedades en las cuales sea director o dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital, los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del Directorio otorgada en conformidad a la ley;
- Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieron conocimiento en razón de su cargo, y

En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social.

La sanción para el caso de contravención de estas prohibiciones, dependerá de la hipótesis que se trate:

- Si se trata de las prohibiciones de los números 5, 6 y 7, los beneficios percibidos por los infractores pertenecerán a la sociedad, la que deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio, lo cual no obsta a las sanciones que la Superintendencia pueda aplicar en el caso de sociedades sometidas a su control.
- Si se trata de las prohibiciones de los números 1 al 4, relacionando lo dispuesto en los artículos 133 de la ley de sociedades anónimas, 10 y 1682 del código civil, la sanción por el acto o contrato que viola el interés social es la nulidad de éste, quedando obligados el o los contraventores a la indemnización de perjuicios por los daños provocados, respondiendo solidariamente los directores contraventores.

Obligación de Cuidar de los negocios sociales.

Al respecto el artículo 41 dispone que los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables.

La ley le entrega al Directorio de una sociedad anónima la administración de ésta y su representación. Estas funciones ha de ejercerlas el Directorio ajustándose a la ley y con miras a resguardar el interés social, dentro de un parámetro de conducta que importa su grado de responsabilidad. Es así como el artículo 41 inciso 1º de la ley impone como parámetro de diligencia o cuidado que los directores han de emplear “el que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”. Si relacionamos esta diligencia con lo dispuesto en el artículo 44 inciso 3º del código civil, hemos de concluir que los directores responden por culpa leve, esto es “la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”.

Al respecto la ley hace responsable solidariamente al Directorio ante la sociedad, ante los accionistas y ante terceros por dicha falta de cuidado debido (artículo 41 y 133 de la ley), estableciendo incluso presunciones de culpabilidad (artículo 42).

Facultades del Directorio

Las facultades de las cuales está investido el Directorio se encuentran establecidas en los artículos 39, 40 y 92 de la ley.

La regla más importante para cumplir el objetivo social está contenida en el artículo 40, y se traduce en que éste órgano se encuentra investido de todas las facultades, tanto de administración como de disposición, que fueren necesarias para cumplir el objeto social. A tal respecto, la ley dispone que no es necesario acreditar a terceros tales facultades. La amplitud de dichas facultades tiene un límite, esto es que la ley o el estatuto social no las establezca como privativas de la junta general de accionistas.

Si comparamos este artículo 40 con el artículo 395 de código de comercio, aquélla resulta más amplia que ésta, por cuanto al administrador de una sociedad colectiva no le compete el derecho de enajenar o hipotecar bienes raíces, ni alterar su forma, ni transigir o comprometer los negocios sociales sin un poder especial. Sin embargo, el Directorio de la sociedad anónima no requiere de un poder especial cuando ejecute o celebre un acto o contrato que el derecho común o la ley mercantil lo exija, como lo dispone este artículo 40.

No podría en cambio el Directorio enajenar todo el activo de la sociedad, ni hipotecar o empeñar los bienes sociales para caucionar deudas de terceros, por ser de incumbencia de la junta extraordinaria de accionistas según lo dispone el artículo 57, números 4º y 5º de la ley.

Puede el Directorio (no el director, según el inciso 1º del artículo 39) delegar parte de estas facultades. Así lo señala el artículo 40 inciso final. Según dicha norma, la delegación requiere:

- Ser parcial,
- A persona determinada, y
- Para objetos especialmente determinados.

Por otro lado los directores tienen la facultad de exigir ser informados plena y documentadamente por el gerente sobre la marcha de la empresa, según el artículo 39 inciso 2º. Esta disposición es la contrapartida de la obligación de informar contenida en el artículo 46 de la ley y que los hace responsables de su ignorancia. Lo anterior resulta comprensible desde que tienen el derecho a exigir informaciones, no pudiendo así alegar ignorancia de la marcha de la operaciones sociales para eludir o contrarrestar su responsabilidad.

Por último, el Directorio tiene la facultad de participar con derecho a voz en sesiones de Directorio de sociedades filiales, pudiendo imponerse de los libros y papeles de ésta. Así lo dispone el artículo 92 de la ley.

Responsabilidades del Directorio

La regulación de esta materia se encuentra en los artículos 41, 133, 42, 45 y 48 inciso 4º de la ley.

La ley le entrega al Directorio de una sociedad anónima la administración de ésta y su representación. Estas funciones ha de ejercerlas el Directorio ajustándose a la ley y con miras a resguardar el interés social, dentro de un parámetro de conducta que importa su grado de responsabilidad. Es así como el artículo 41 inciso 1º de la ley impone como parámetro de diligencia o cuidado que los directores han de emplear “el que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios”. Si relacionamos esta diligencia con lo dispuesto en el artículo 44 inciso 3º del código civil, hemos de concluir que los directores responden por culpa leve, esto es “la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”.

Al respecto la ley hace responsable solidariamente al Directorio ante la sociedad, ante los accionistas y ante terceros por dicha falta de cuidado debido (artículo 41 y 133 de la ley), estableciendo incluso presunciones de culpabilidad (artículo 42).

El artículo 41 de la ley de sociedades anónimas establece que los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables.

Por su parte el artículo 133 dispone que la persona (en este caso entiéndase el director, pero no como única hipótesis) que infrinja esta ley, su reglamento o en su caso, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios. Lo anterior es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan.

El inciso 2º agrega que por las personas jurídicas responderán además civil, administrativa y penalmente sus administradores o representantes legales, a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción.

Por último, el inciso 3º de la ley dispone que los directores (...) que resulten responsables en conformidad a los incisos anteriores, lo serán solidariamente entre sí y con la sociedad que administren de todas las indemnizaciones y demás sanciones civiles o pecuniarias derivadas de la aplicación de las normas a que se refiere esta disposición.

Si reflexionamos sobre el alcance de los artículos 41 y 133 que resumen la responsabilidad de los directores, en el sentido de hacerlos responder de los perjuicios que cause el incumplimiento culpable de sus obligaciones respecto de la sociedad y de accionistas, podríamos afirmar que la ley 18.046 ha sido mas explícita en puntualizar la responsabilidad de los directores que el código de comercio, el cual en el derogado artículo 458 decía que los administradores no son responsables sino de la ejecución del mandato que recibieren.

Hoy los directores responden ante la sociedad, accionistas, y respecto de terceros.

La ley de sociedades anónimas no permite la estipulación de cláusulas eximentes de responsabilidad o atenuantes que sean inferiores a la culpa leve, ya sea que provenga del estatuto social o de la junta de accionistas. Si de hecho se establecen, dicha estipulación o acuerdo es nulo.

Estableció, empero la ley, que la aprobación otorgada por la junta de accionistas a la memoria y el balance presentado por el Directorio o a cualquier otra cuenta o información general, no libera a los directores de la responsabilidad que les corresponda por actos o negocios determinados; ni la aprobación específica de éstos los exonera de aquella responsabilidad, cuando se hubieren celebrado o ejecutado con culpa leve, grave o dolo.

Si relacionamos este artículo 41 con el 1465 del código civil²⁵, aquél resulta más drástico, toda vez que no permite la condonación del dolo presente ni de la culpa leve o grave inclusive.

Presunciones de culpabilidad.

Por todo lo anterior, demostradas las circunstancias de hecho que configuran una infracción del cuidado debido por los directores, procede hacer efectiva su responsabilidad. En este sentido, existen en concepto de la ley ciertas situaciones que constituyen circunstancias tan manifiestas de incumplimiento al cuidado debido, que presume legalmente la responsabilidad que les incumbe, casos que se encuentran establecidos en el artículo 45.

Al respecto, dicha norma señala que “se presume la responsabilidad de los directores respondiendo, en consecuencia, solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad, accionistas o terceros, en los siguientes casos:”

El encabezado del artículo 45 presume la culpabilidad de los directores por actos que han de ejecutarse como órgano colegiado, cuando se encuentra funcionando en sala legalmente constituida, y desde esa perspectiva enumera tres hipótesis. Es por ello que hace a los directores solidariamente responsables con la sociedad por tales actos. Por otra parte, el inciso final de esta disposición establece una presunción de culpabilidad del director como tal, al obtener un beneficio indebido por un acto que irroge a su vez, un perjuicio a la sociedad. Además hace responsable al Directorio no sólo por los perjuicios causados a la sociedad o a los accionistas, sino también a terceros, sin distinguir su condición.

Presunciones que la ley establece:

El artículo 45 enumera tres presunciones por actos del Directorio y una por actos del director. Tales son:

- Si la sociedad no llevare sus libros o registros;
Al efecto se trata de los libros de contabilidad obligatorios, del registro de accionistas, del libro de informaciones del artículo 135 de la ley, y además de los libros de actas de sesiones del Directorio y juntas de accionistas.
En la ley de quiebras, ley 18.175 el no llevar libros o asientos de contabilidad constituye una presunción de quiebra culpable. Así lo establece el artículo 219 N° 9 de la ley de quiebras.
- Si se repartieren dividendos provisorios habiendo pérdidas acumuladas, respecto de los directores que concurrieron al acuerdo respectivo;
- Si el artículo 78 inciso 2º de la ley prohíbe repartir dividendos definitivos habiendo pérdidas acumuladas, con mayor razón los provisorios.
- Si la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o simulare enajenaciones.

La responsabilidad penal por estos hechos se encuentra establecida en el artículo 466 del código penal y en el 220 N° 3 de la ley de quiebras.

Respecto del director, si se beneficia en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que, a su vez, irroge perjuicio a la sociedad.

²⁵ El artículo 1465 dispone que *el pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale.*

Derecho de oposición del director.

El artículo 48 inciso 4º de la ley de sociedades anónimas estatuye que el director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del Directorio, deberá hacer constar en el acta de acuerdo su oposición a la ejecución de tal acuerdo, debiendo darse cuenta de esta oposición en la próxima junta ordinaria de accionistas.

Por otro lado, el inciso 2º del artículo 133 dispone que por las personas jurídicas responderán además civil, administrativa y penalmente, sus administradores o representantes legales, a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción.

Por consiguiente, la oposición excluye la responsabilidad del director en el acuerdo, teniendo así un efecto diverso al estatuido respecto de las sociedades de personas.

Cabe tener presente que no basta la sola abstención del acuerdo, sino que es necesario consignar expresamente su oposición; en tal sentido el inciso 2º del artículo 49 consigna el derecho a eximirse de responsabilidad al gerente por los acuerdos que adopte el Directorio cuando conste expresamente su opinión contraria (oposición); de la misma manera el artículo 133 inciso 2º ya citado, que además explicita lo que la recta razón indica en el caso que el director no ha participado en los actos del Directorio, derivada de la regla general de la responsabilidad por el hecho propio. (En suma, relacionar el artículo 48 inciso 4º con el 49 inciso 2º y el inciso 2º del artículo 133 de la ley de sociedades anónimas).

Funcionamiento del Directorio

El órgano de administración se encuentra constituido por el Directorio y no la suma de directores individualmente considerados. Esto lo declara el artículo 39, que dice que las funciones de director se ejercen colectivamente, y resalta: en sala legalmente constituida.

Para su funcionamiento, el artículo 39 del Reglamento dispone que en la primera reunión que celebre después de la junta ordinaria de accionistas en que se haya efectuado su elección, el Directorio elegirá de su seno un presidente, que lo será también de la sociedad. Si existe empate en su elección, decidirá la suerte. Además actuará de secretario del Directorio el gerente o la persona especialmente designada para este cargo. El presidente del Directorio presidirá además las juntas de accionistas (artículo 61 inciso 3º de la ley 18.046) y con su voto dirimirá los empates (47 ley 18.046); firma además los títulos de acciones (artículo 19 Reglamento).

El Directorio necesita reunirse en sesión; de esto se ocupa el artículo 47 que deja entregado a los estatutos:

- Los quórum para reunirse y adoptar acuerdos (no pudiendo ser éstos inferiores a la mayoría absoluta);
- Las citaciones; y
- La periodicidad de la celebración de dichas sesiones.

Este artículo dispone las siguientes reglas:

- **Las reuniones del Directorio se constituirán con la mayoría absoluta del número de directores titulares establecidos en los estatutos.**

En cuanto al tipo de reuniones o sesiones y a su periodicidad, el Reglamento por su parte, en el artículo 38 distingue entre sesiones ordinarias y extraordinarias.

Las sesiones ordinarias son aquellas que se celebran en las fechas y horas predeterminadas por el propio Directorio y no requerirán de citación especial, debiendo celebrarse:

- a.1) en las sociedades anónimas abiertas a lo menos una vez al mes, y
- a.2) en las sociedades anónimas cerradas con la regularidad que señale el estatuto social, y si nada dice, una vez al mes a lo menos.

Las sesiones extraordinarias son aquellas que se celebran cuando las cite especialmente el presidente del Directorio, por sí o a indicación de uno o más directores. En este último caso, la necesidad de la reunión será calificada por el presidente, salvo que sea solicitada por la mayoría absoluta de los directores, caso en que no existe calificación de necesidad.

- **Los acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de los directores asistentes con derecho a voto.** Los acuerdos se adoptan por los directores con derecho a voto; recordar que los directores suplentes que no ocupan el cargo del titular tienen derecho a voz, pero no a voto. Los estatutos sociales pueden establecer quórum superiores para determinadas materias que al efecto señalen.

En caso de empate respecto a los acuerdos, y salvo que los estatutos dispongan otra cosa, decidirá el voto del que presida la reunión.

- **Los estatutos podrán establecer quórum superiores a los señalados.**

Respecto a las citaciones, ha de estarse a lo que determine el Reglamento y lo que especifiquen los estatutos en cuanto a la forma de efectuarse la citación a reunión del Directorio y la frecuencia mínima de su celebración.

El Reglamento en su artículo 38 señala que las sesiones ordinarias se celebran en las fechas y horas predeterminadas por el propio Directorio y no requerirán de citación especial. Las sesiones extraordinarias se celebran cuando las cite especialmente el presidente del Directorio(...). Por tanto, solo las reuniones extraordinarias requieren de citación, aunque la ley al disponer la necesidad de efectuar la citación delegó al Reglamento su regulación, mas no su supresión; más aun cuando la ley no distingue entre sesiones ordinarias y extraordinarias para efectos de la citación.

En cuanto a la periodicidad de su celebración, las sesiones ordinarias han de celebrarse, en las sociedades anónimas abiertas a lo menos una vez al mes, y en las sociedades anónimas cerradas han de celebrarse con la regularidad que señale el estatuto social, y si nada dice, una vez al mes a lo menos. Las sesiones extraordinarias han de celebrarse cuando sean convocadas por el presidente, ya sea de manera facultativa u obligatoria.

El artículo 40 del Reglamento dispone que la citación a sesiones extraordinarias de Directorio se practicará:

- Mediante carta certificada despachada a cada uno de los directores;
- El despacho de dicha carta ha de hacerse con a lo menos tres días de anticipación a su celebración;
- El plazo podrá reducirse a 24 horas de anticipación, si la carta fuere entregada personalmente al director por un notario público; y
- La citación deberá contener una referencia a la materia a tratarse en ella, referencia que podrá omitirse si a la sesión concurre la unanimidad de los directores de la sociedad.

Una vez citado el Directorio y sesionando en sala legalmente constituida podrá adoptar acuerdos con las mayorías ya mencionadas. Tales acuerdos una vez deliberados y adoptados deberán incluirse en un libro de actas.

El artículo 48 de la ley se refiere al libro de actas, libro en cual deberá tomarse razón de las deliberaciones y acuerdos del Directorio.

Dicho libro ha de escriturarse por cualquier medio que decida el Directorio, siempre y cuando se ofrezca seguridad que no podrán hacerse intercalaciones, supresiones o cualquier otra adulteración que pueda afectar la fidelidad del acta. Tal acta será además firmada por los directores que hubieren concurrido a la sesión, salvo que alguno de ellos falleciere o se hallare imposibilitado por cualquier causa de firmar el acta, lo que se consignará en el acta.

El acta se entenderá aprobada desde el momento de su firma, y a partir de ese momento se podrán cumplir los acuerdos en ella contenidos. Si un director estimare que el acta adolece de inexactitudes u omisiones, tiene el derecho de estampar, antes de firmarla, las salvedades correspondientes (artículo 48 de la ley).

Aspectos fundamentales del Gerente de una Sociedad Anónima

Reglamentación:

- Artículos 49 y 50 de la ley de sociedades anónimas.
- En subsidio, las normas legales del mandato.

El artículo 49 de la ley dispone que las sociedades anónimas tendrán uno o más gerentes designados por el Directorio, el que les fijará sus atribuciones y deberes, pudiendo sustituirlos a su arbitrio.

El artículo 237 inciso 1º del código de comercio define al factor de comercio como el gerente de un negocio o establecimiento comercial o fabril, o parte de él, que lo dirige o administra según su prudencia por cuenta de su mandante. Dicha definición según algunos autores no resultaría aplicable al gerente de una sociedad anónima, ya que de acuerdo al artículo 31 de la ley, la administración de la sociedad la ejerce el Directorio (y no el gerente como en la definición), y además porque según el artículo 49 de la ley las atribuciones y deberes del gerente las fija el Directorio, no pudiendo dirigir o administrar según su prudencia como lo hace el factor. No obstante que las atribuciones y el ejercicio de ellas se encuentra limitado, no puede desconocerse la naturaleza de mandatario del gerente, toda vez que actúa por cuenta y riesgo de la sociedad. Lo singularizante de este mandato es la subordinación del gerente al Directorio, como ejecutor de sus decisiones, salvo respecto de la representación judicial de la sociedad, facultad que la ley le confiere directamente.

En cuanto a la naturaleza jurídica del vínculo que une al gerente con la sociedad y por el cual la obliga válidamente frente a terceros, éste presenta generalmente dos aspectos:

Aspecto interno, relativo a las relaciones entre la sociedad y el gerente, regulado por un contrato de trabajo y la legislación laboral, especialmente en lo relativo a la representación del empleador y las causales de terminación del contrato de trabajo; y

Aspecto externo, relativo a las relaciones de la sociedad con terceros, en la cual existirá particularmente un mandato mercantil con expresa determinación de las facultades (atribuciones) que el artículo 49 exige.

Atribuciones del gerente:

Las atribuciones del gerente las determina primeramente el Directorio, que es el que las fija (artículo 49).

Además, al Gerente o Gerente General en su caso, corresponderá sin necesidad de facultad especial, de pleno derecho la representación judicial de la sociedad, estando legalmente investido de las facultades establecidas en ambos incisos del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil.

Por último, tendrá derecho a voz en las reuniones de Directorio. Desde que tiene derecho a voz, la ley le hace responsable solidariamente con los miembros del Directorio por todos los acuerdos perjudiciales para la sociedad y accionistas, cuando no constare su opinión contraria u oposición en el acta de la respectiva junta.

Incompatibilidades:

En general, en cuanto a las incompatibilidades e inhabilidades, tiene el gerente las mismas que un director de sociedad anónima.

El cargo de gerente es incompatible, además, con los siguientes cargos (artículo 49 de la ley):

- Con el de presidente del Directorio;
- Con el de auditor externo de la sociedad ;
- Con el de contador de la sociedad, y
- En las sociedades anónimas abiertas, también con el de director.
- Obligaciones de los gerentes.

En general, según el artículo 50, los gerentes y las personas que hagan sus veces, tienen las mismas obligaciones que tienen los directores con la sociedad, puesto que les son aplicables las disposiciones de la ley referente a los directores en lo que sean compatibles con las responsabilidades propias del cargo o función, y en especial, las contempladas en los artículos 35, 36, 37, 41, 43, 44, 45 y 46, según el caso.

La obligación principal que emana de su cargo es la administración inmediata de los negocios del giro de la sociedad, siguiendo las directrices que le da el Directorio, respondiendo de culpa leve, según los artículos 39 inciso 1º, 41 y 50 de la ley de sociedades anónimas, en relación con los artículos 237 y 340 del código de comercio.

Es de responsabilidad del gerente la custodia de los libros y registros sociales y que éstos sean llevados con la regularidad exigida por la ley y sus normas complementarias (artículo 50 inciso 2º de la ley, en relación con el artículo 341 del código de comercio).

- Debe proporcionar los antecedentes requeridos por un director, conforme el artículo 39 inciso 1º.
- Debe intervenir en las transferencias de acciones, según el artículo 17 del Reglamento.
- Debe custodiar los antecedentes sociales (artículo 50 inciso 2º)

A fin de saber quién es la persona que ejerce el cargo de director o particularmente el de gerente, determinando de esa manera a quién ha de hacerse el emplazamiento válido de una acción judicial, el derecho común otorga el ejercicio de una medida prejudicial propiamente tal, cual es la contemplada en el artículo 273 Nº1 del código de comercio, esto es, la declaración jurada acerca de un hecho relativo a la personería o representación legal o convencional, siempre y cuando tal medida la ejerza el futuro demandante, que en su escrito ha de señalar la acción (pretensión) que ejercerá con posterioridad y someramente su fundamento, requisitos que calificará el tribunal para concederla. Sin embargo, puede que una persona no interesada en una demanda judicial se interese en conocer quién es el gerente o Directorio con poder vigente para actuar.

Con el fin de cumplir tal necesidad, el artículo 135 de la ley dispone que cada sociedad deberá llevar un registro público indicativo de sus presidentes, directores, gerentes o liquidadores, con especificación de las fechas de iniciación y término de sus funciones.

Es tal la importancia de este registro, que las designaciones y anotaciones que consten en dicho registro harán plena la fe en contra de la sociedad, sea en favor de accionistas o de terceros. Corresponde a los directores, gerentes y liquidadores el responder solidariamente por los perjuicios que le causen a accionistas y terceros por la falta de fidelidad o vigencia de las informaciones contenidas en el registro, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pueda aplicar la Superintendencia.

Junta de Accionistas

Reglamentación

Artículos 55 al 72 de la ley de sociedades anónimas.

Generalidades.

La junta de Accionistas es el órgano deliberativo y resolutorio en que reside el poder soberano de la sociedad, y a través del cual se manifiesta la voluntad de los accionistas en las materias que la ley somete a su conocimiento y que incidan en asuntos de interés común.

Si bien el artículo 4, N° 6 de la ley dice que la escritura social debe expresar la organización y modalidades de la administración, bajo respecto alguno podría pretenderse omitir o suplir la junta por otro órgano, dado el carácter que ella tiene ante la ley.

Funcionamiento de las juntas:

Para que la Junta de accionistas pueda legalmente adoptar acuerdos y reunirse válidamente, es indispensable dar cumplimiento a ciertos trámites, que son los siguientes:

- Convocatoria (artículo 58, relacionado con los artículos 101, 34, 71, 77 inciso 2º de la ley).
- Citación (artículos 59 y 60 de la ley, 62 del Reglamento).
- Asistencia (artículos 62, 64 y 81 inciso final de la ley en relación con los artículos 13, 14, 63 del Reglamento).
- Constitución (artículo 61 de la ley).
- Celebración (artículo 61, 62, 67, 68 y 72 de la ley).

Convocatoria

Tiene competencia el Directorio para convocar a las juntas y es obligación hacerlo en los casos que refiere el artículo 58.

Dicho artículo dispone que las juntas serán convocadas por el Directorio de la sociedad. Al respecto, el Directorio puede citar una junta extraordinaria de accionistas, cuando a su juicio, los intereses de la sociedad lo justifiquen (artículo 58 N°2 en relación con el artículo 55 y 57 de la ley). Pero el Directorio se encuentra obligado a citarla, en los siguientes casos:

Cuando deba efectuarse la junta ordinaria de accionistas. Esta junta deberá efectuarse, y por consiguiente convocarse por el Directorio, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha del balance, con el fin de conocer todos los asuntos de su competencia (relacionar este 58 N°1 con el artículo 56 de la ley).

Cuando le soliciten la convocatoria a junta ordinaria o extraordinaria accionistas que representen a lo menos el 10% de las acciones emitidas con derecho a voto, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la junta (artículo 58 N°3).

Cuando la Superintendencia de Valores y Seguros le requiera convocar a junta ordinaria o extraordinaria respecto de sociedades sometidas a su control, sin perjuicio de la facultad para convocarlas directamente (artículo 58 N° 4).

Por su parte, el artículo 101 de la ley amplía la convocatoria en el caso de cesación de pagos o quiebra de la Sociedad.

El artículo 34 de la ley obliga al Directorio a convocar a una junta de accionistas para nombrar un nuevo Directorio.

El artículo 71 faculta a convocar una nueva junta para que se pronuncie respecto de la reconsideración o ratificación del acuerdo que conllevó el ejercicio del derecho a retiro de un accionista.

Por último, el artículo 77 inciso 2º establece la obligación de convocar una nueva junta cuando hubiese sido rechazado el balance por observaciones específicas y fundadas de la junta de accionistas.

Citación

Los artículos 59 y 60 de la ley la regulan. La citación consiste particularmente en la comunicación a los accionistas de la celebración de una Junta.

Según el artículo 59, la citación se efectúa por medio de la publicación del aviso destacado, en 3 días distintos, en 1 diario del domicilio social, y a falta de acuerdo, en el Diario Oficial, según el Reglamento.

El artículo 62 del Reglamento agrega que el primer aviso no podrá publicarse dentro de los 20 días anteriores a la Junta.

Por su parte el inciso 2º del artículo 62 del Reglamento establece las menciones del aviso:

- b.1) Naturaleza de la junta.
- b.2) Lugar, fecha y hora.
- b.3) Materia, en caso que se trate de una junta extraordinaria (artículo55, inc. 3º)

En las Sociedades Anónimas Abiertas, con 15 días previos deberá además enviarse una citación por correo a cada accionista (59, inc. 2º) y

En estas Sociedades Anónimas Abiertas deberá comunicarse a la Superintendencia (artículo 63).

Con todo, si concurre la totalidad de los accionistas, la junta podrá celebrarse válidamente aunque se haya omitido la formalidad de su citación (artículo 60).

De acuerdo a los arts. 75 y 76:

- Debe enviarse copia del Balance y de la Memoria a los accionistas, y
- Publicarse en un diario del domicilio social, con 10 días antes y no más de 20 (esto último S.A. Abiertas)

Asistencia

¿Quiénes pueden participar?

Pueden participar en una Junta los titulares de acciones inscritas, con 5 días de anticipación, en el Registro de Accionistas, con relación a la fecha de su celebración (artículo 62).

Los artículos 13 y 14 del Reglamento regulan el **Registro de accionistas**, como aquel registro en que se anotará a lo menos el nombre, domicilio y cédula de identidad de cada accionista, el número de acciones de que sea titular (Se confirma Regla del Regl. Artículo 24, con una variante) Antes el Registro debía permanecer cerrado durante 3 días; hoy no.

El artículo 80 inciso 2º, supedita el reparto de acciones liberadas a los accionistas inscritos dentro de 5 días antes del reparto, en el Registro y;

El artículo 81 inc. F dice que los dividendos se le pagarán a los accionistas inscritos con 5 días de anticipación en el Registro De accionistas al pago del dividendo.

Ver: 104 Regl.: establece regla general.

Representación:

Los accionistas pueden hacerse representar en una junta por medio de otra persona, aunque no sea accionista, dice el artículo 64; La representación, en todo caso, 1) debe constar por escrito y debe 2) referirse al total de las acciones de que su titular tenga con 5 días de anticipación a la Junta, inscritas en el Registro de Accionistas.

En lo demás se remite al Reglamento. La representación debe constar por escrito y el documento puede ser Privado o Público.

Menciones del poder (artículo 63 del Reglamento)

- Lugar y fecha de otorgamiento.
- Nombre y apellidos del apoderado.
- Nombre y apellidos del poderdante.
- Naturaleza de la junta y fecha de celebración.
- Declaración de que el apoderado podrá ejercer los derechos que le correspondan al mandante, pudiendo delegar.
- Que solo podrá ser revocado por otro poder posterior.
- Firma del poderdante.

Los poderes otorgados por escritura pública, contendrán las tres primeras menciones.

En los poderes otorgados por escrito, el lugar, fecha y designación del apoderado deberán ser llenados de puño y letra por el poderdante.

El Reglamento (arts. 67-69) indica: quién califica los poderes, que se califica y cuando se califica.

El artículo 71 del Regl. Dispone que los que concurran a una junta deben firmar una hoja de asistencia, con el nombre del accionista y número de acciones.

Constitución de la juntas (61)

En la citación: Mayoría absoluta, o sea: con la mitad más una de las acciones emitidas con Derecho a voto, salvo que estatutos o la ley exijan superior quórum.

En 2ª. citación: por haber fracasado el quórum para constituirla, con las acciones que se encuentren presentes o representadas.

El artículo 61 inc. 2º enerva la posibilidad de reunirse en 2ª. citación inmediatamente después de fracasar la 1ª citación, toda vez que requiere de una nueva convocatoria y citación, dentro de 45 días siguientes a la fecha de la Junta no efectuada.

Celebración de la juntas

Según el artículo 61, inc. 3º, las juntas son presididas por el presidente del Directorio y actúa como secretario, el Secretario General, si lo hay, o el Gerente General, en su defecto (artículo 72 del Regl. Repite idea)

Acuerdos: artículo 61, inc. 2º, 2ª parte: Mitad más una de las acciones presentes.

No se considera para los quórum, los accionistas que se encuentren en el caso del artículo 68 mora del accionista, ni tampoco las acciones que la Sociedad tenga a su nombre: artículo 27.

Acta de la Junta: (artículo 72: leerlo)

De las deliberaciones y acuerdos se dejará constancia en un acta.

El acta se lleva en un libro de actas.

El acta se firma: Presidente y Secretario y 3 accionistas que se eligen o por todos, si fueren menos de 3.

Hay acuerdos que se adoptan con oposición y habrá necesidad de dejar constancia de los que hayan votado en contra: Esto tiene importancia.

Derecho a retiro de los accionistas de una Sociedad Anónima (artículos 69-71)

Innovación importante de la ley y cuya finalidad es cautelar a los accionistas que por la fuerza de la voluntad de las mayorías se ven arrastrados a acuerdos que consideran contrarios a sus intereses.

La ley otorga el derecho a retirarse de la sociedad al accionista disidente, considerando como tal: al que se hubiere opuesto al acuerdo o no ha concurrido a la Junta y manifestare su disidencia por escrito, dentro del plazo de 30 días.

No todo acuerdo de Junta autoriza el ejercicio del derecho a retiro, porque la ley lo restringe a los acuerdos que indica y sin perjuicio de los demás casos que indiquen los estatutos (artículo 69 al final) .

El Derecho a retiro del accionista disidente le impone a la sociedad la obligación de pagarle el precio correspondiente al valor de su acción, que según lo dispone el artículo 69, inc. 3º de la ley será distinto si se trata de una sociedad anónima abierta o cerrada.

Sociedad Anónima Cerrada:

Valor de libro: Se determina dividiendo el capital pagado más los fondos de reserva y más las utilidades o menos las pérdidas, según el último balance, y dividido por el número total de acciones. Ver 77 Regl.

Sociedad Anónima Abierta:

Valor de mercado: Si la acción tiene cotización bursátil, el que será el valor promedio de las transacciones en los últimos 2 meses.

Si no, se aplica la regla anterior .Ver artículo. 79 del Reglamento de S.A.

Derecho de reconsideración: se encuentra consagrado en el artículo 71 de la Ley:

- El Directorio tiene un derecho: convocar a una Junta Extraordinaria dentro del plazo de 30 días a fin que ratifique o revoque el acuerdo que dio origen al Derecho. Si se revoca el acuerdo, caduca el Derecho a retiro.

Clases de Juntas:

El artículo 55 inc. 1º: distingue Juntas Ordinarias y Extraordinarias.

Oportunidad y Convocatoria:

Las Ordinarias:

Se celebran una vez al año,

En la época que determinen los estatutos y en relación con el artículo 58, Nº 1, deberá fijarse dentro de los 4 meses siguientes al Balance.

No es necesario indicar en la citación el objeto de su convocatoria. (55 inc. 2º)

Las Extraordinarias:

Se celebran en cualquier tiempo,

Cuando lo exijan las necesidades sociales y siempre que tales materias se señalen en la convocatoria. (55 inc. 3º).

Facultades de las Juntas de Accionistas

El artículo 56: Son materias de la junta ordinaria:

- 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;
- La distribución de las utilidades de cada ejercicio y, en especial, el reparto de dividendos;
- La elección o revocación de los miembros titulares y suplentes del Directorio, de los liquidadores y de los fiscalizadores de la administración, y
- En general, cualquiera materia de interés social que no sea propia de una junta extraordinaria.

El artículo 57: Son materias de junta extraordinaria:

- 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 fijo y pasivo de la sociedad o del total de su activo;
- El otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros, excepto si éstos fueren sociedades filiales, en cuyo caso la aprobación del Directorio será suficiente, y
- Las demás materias que por ley o por los estatutos, correspondan a su conocimiento o a la competencia de las juntas de accionistas.

Las materias referidas en los números 1), 2), 3) y 4) sólo podrán acordarse en junta celebrada ante notario, quien deberá certificar que el acta es expresión fiel de lo ocurrido y acordado en la reunión.

Cabe agregar a estas materias, según el inc. 4º, del artículo 55 en relación con el artículo 57, Nº 6 una junta extraordinaria puede conocer de los asuntos de una junta Ordinaria.

Quórum Especiales

Hay ciertos acuerdos de las juntas de accionistas que requieren de un quórum especial:

I) Dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto:

- 1) La transformación de la sociedad, la división de la misma y su fusión con otra sociedad;
- 2) La modificación del plazo de duración de la sociedad cuando lo hubiere;
- 3) La disolución anticipada de la sociedad;
- 4) El cambio del domicilio social;
- 5) La disminución del capital social;
- 6) La aprobación de aportes y estimación de bienes no consistentes en dinero;
- 7) La modificación de las facultades reservadas a la junta de accionistas o de las limitaciones a las atribuciones del Directorio;
- 8) La disminución del número de miembros de su Directorio;
- 9) La enajenación del activo y pasivo de la sociedad o del total de su activo;
- 10) La forma de distribuir los beneficios sociales, y
- 11) Las demás que señalen los estatutos.

Unanimidad de las acciones emitidas:

Para prescindir de la estimación por peritos de los aportes no consistentes en dinero y de la aprobación de dichos aportes por la junta, en caso de aumento de capital (artículo 15, inc. 4º).

Para no distribuir en las sociedades anónimas abiertas anualmente como dividendo en dinero a sus accionistas, a prorrata de sus acciones o en la proporción establecida en los estatutos si hubiere acciones preferidas, a lo menos el 30% de las utilidades líquidas de cada ejercicio (artículo 79).

Para acordar un número diferente al de tres en la formación de la comisión liquidadora, salvo el caso que la disolución fuere decretada por sentencia judicial ejecutoriada que se practicará por un solo liquidador elegido por la junta de accionistas de un quina que le presentará el tribunal o que se le encomiende la función a la Superintendencia (artículo 111).

Para que los repartos que se le efectúen a los accionistas durante la liquidación de la sociedad no se enteren en dinero (artículo 116).

En Suma, Artículo 55:

Ordinaria:

- Se celebran una vez al año.
- Época que determinen estatutos 55 inc. 2º
- 58 N° 1: cuatrimestre sgte. Al Balance.
- No es necesario en la citación, indicar objeto de la convocatoria.

Extraordinaria:

- Se celebran en cualquier momento, cuando lo exijan necesidades sociales; debe indicarse en citación objeto de la convocatoria.

Fiscalización de la Administración

(arts. 51- 54)

Ubicación:

La ley trata esta materia en el Título V, arts. 51 al 54. Está incluido entre el Directorio y las Juntas de Accionistas.

Presupuesto:

Para comprender el alcance de esta Fiscalización, es menester considerar lo siguiente: atendida la naturaleza de una sociedad anónima, la circunstancia que los socios no intervengan en la administración, la complejidad de sus operaciones, así como la magnitud de los negocios para los que está llamada o adaptada para emprender, suscita interés puntualizar algunas normas generales que la ley ha ideado y previsto para la fiscalización adecuada de sus operaciones. Artículo 4º. N°6 mención de la escritura social, fiscalización por accionistas.

Junta Ordinaria:

De acuerdo al artículo 56, es del resorte de toda Junta Ordinaria elegir y revocar a los fiscalizadores de la administración, a cuyo respecto la ley hace un distingo preliminar, en los arts. 51 y 52.

Para las Sociedades Anónimas Cerradas se designan: 2 inspectores de Cuentas titulares y 2 suplentes y, en subsidio, auditores externos independientes y para las sociedades anónimas abiertas, se designan auditores externos independientes y además, si así lo contemplan los estatutos, pueden designarse también inspectores de cuentas.

En ambos casos, la designación *es anual*.

Los auditores e inspectores deberán reunir los requisitos que el reglamento señale (artículo 53 ley). Los auditores externos de Sociedades Anónimas Abiertas deberán designarse (53, inc. 3º) entre los inscritos en un Registro que lleva la Superintendencia.

Funciones:

Son más amplias las facultades de los inspectores (o auditores) de las sociedades anónimas cerradas, por la sencilla razón de que en las Sociedades Anónimas Abiertas los auditores externos comparten su tarea con la competencia que la ley reserva en la fiscalización a la Superintendencia; tanto en una y otra clase de sociedad, los inspectores y auditores examinan la contabilidad, inventarios, balances y otros estados financieros, debiendo informar de ello a la junta; pero mientras en las cerradas también vigilan las operaciones sociales y fiscalizan a los administradores en sus actuaciones, en las sociedades anónimas abiertas estas últimas funciones las ejerce especialmente la Superintendencia de Valores y Seguros, de acuerdo al artículo 2º de la Ley.

En ambos casos, los inspectores y auditores pueden concurrir con derecho a voz a las juntas; sus cargos son indelegables; deben guardar reserva de la información a que tienen acceso y son esencialmente revocables por la junta.

Cabe dejar claramente establecido, para evitar equívocos, que la fiscalización la ejerce la Junta Ordinaria y la Junta Ordinaria más la Superintendencia de Valores y Seguros, según la clase de sociedad de que se trate, puesto que los inspectores de cuentas y auditores externos tienen facultades meramente consultivas, no resolutivas.

Lo anterior no obsta a la responsabilidad por los actos que ejecutan o celebran, que conforme al artículo 53 de la ley, alcanza en materia civil respecto de los auditores externos hasta la culpa leve por los perjuicios que causaren a los accionistas con ocasión de sus actuaciones, informes u omisiones.

En materia penal, conforme el artículo 134 de la ley, los auditores externos (al igual que los peritos y contadores) que con sus informes, declaraciones o certificaciones falsas o dolosas indujeran a error a los accionistas o a los terceros que hayan contratado con la sociedad, fundados en dichas informaciones o declaraciones falsas o dolosas, sufrirán la pena de presidio o relegación menores en sus grados medio a máximo y multa a beneficio fiscal por valor de hasta una suma equivalente a 4.000 U.F.

En cuanto a los inspectores de cuentas, no tienen un régimen especial de responsabilidad, aplicándoseles a tal efecto la norma del artículo 133 inciso 1º de la ley por la infracción de la ley, estatutos sociales o si se diere la hipótesis, por la infracción de las normas de la Superintendencia. En estos casos están obligados a la indemnización de perjuicios.

En suma, la función de estos órganos involucra:

Examinar la Contabilidad, el inventario, el balance y otros estados financieros (artículos 51 y 52 de la ley, en relación al artículo 57 del reglamento).

Informar por escrito en la próxima junta ordinaria del cumplimiento de su misión (artículo 57 del reglamento).

Podrían eventualmente, vigilar las operaciones sociales, fiscalizar las actuaciones de la administración y velar porque los administradores cumplan con sus deberes legales, reglamentarios y estatutarios (artículos 51 y 52 de la ley).

La Información en la Sociedad Anónima:

La Junta Ordinaria recibe información:

De acuerdo al artículo 74, inc. 2º, como sabemos, el Directorio rinde cuenta de su administración a la Junta Ordinaria, presentándole: Memoria de la situación de la sociedad; Balance general, estado de ganancias y pérdidas e informe de los inspectores o auditores, en su caso.

En la oficina Social se encuentra a disposición de los accionistas:

El artículo 54, a su turno, dice que la memoria, balance e informes de los fiscalizadores deben quedar a disposición de los accionistas para su examen en la oficina de administración de la sociedad, 15 días antes de la celebración de la Junta, salvo que las $\frac{3}{4}$ partes de los directores le den carácter de reservado a ciertos papeles.

Por Correo: envío del Balance

El artículo 75 agrega que copia de la memoria, balance e informes de los auditores se enviará a los accionistas en fecha no posterior al 1º aviso de la convocatoria de una Sociedad Anónima Abierta (si fueren muchos los accionistas, se enviará sólo a los que la Superintendencia indique).

En las Sociedades Anónimas Cerradas se envía a aquellos accionistas que lo soliciten.

A la Superintendencia y Publicación del Balance:

Finalmente, según el artículo 76, en las Sociedades Anónimas Abiertas los balances se publican en un diario del domicilio social (no más 10 y menos 20 días antes) y deben enviarse a la Superintendencia junto con la memoria y los informes de los auditores externos.

Título VII: El Balance y la Distribución de Utilidades

El artículo 74 envuelve dos ideas: El Balance General ha de efectuarse al 31 de Diciembre o a la fecha que indiquen estatutos. Además, el Directorio deberá presentar una Memoria razonada, el Balance e Informes de los auditores o inspectores.

Aparte de lo ya expresado sobre el balance general, cabe retener la norma del artículo 77, en cuanto a que la junta de accionistas que debe conocer de él, no puede diferir el pronunciamiento que deba emitir sobre su aprobación, modificación o rechazo y de los dividendos que deban pagarse a los accionistas.

Agrega el inc. 2º del artículo 77 el efecto del rechazo del Balance. Como sabemos, la aprobación de la memoria y el balance no exonera a los administradores de su responsabilidad, según lo preceptuado en el artículo 41 de la ley.

Al pago de dividendos, se refieren los arts. 78 y sgtes. De la ley. Este derecho resulta ser uno de los más importantes para el accionista, toda vez que se traduce en la percepción de parte de las utilidades líquidas que produzca la compañía, que se materializa en los dividendos que se van a repartir.

Las reglas que la ley da al respecto no tienen otra finalidad sino que robustecer la posición del accionista dentro de la sociedad anónima. Dichas normas pueden condensarse en la siguiente forma:

1ª Regla:

Los dividendos se pagarán exclusivamente de las utilidades líquidas del ejercicio, provenientes del Balance aprobado por la Junta Ordinaria de accionistas.

Correctivos:

- a) Si en balances anteriores la sociedad tuviere pérdidas acumuladas, las utilidades del ejercicio se destinarán a absorber primeramente esas deudas;
- b) Si en balances anteriores hubiere utilidades retenidas, estas se destinarán a pagar dividendos del nuevo ejercicio, salvo que el nuevo ejercicio arroje pérdidas, pues en este caso se aplicarán primeramente a absorber tales pérdidas.

2ª Regla:

De las utilidades líquidas de cada ejercicio, a lo menos, el 30 % se destinará en la Sociedades Anónimas Abiertas, para repartirse como dividendo en dinero a los accionistas, a prorrata de sus acciones y en las cerradas, se estará a lo que digan los estatutos y si nada dicen, se aplicará la norma consabida.

Correctivo:

El Directorio, 79 inc. 2º, bajo su responsabilidad, podrá durante el ejercicio distribuir dividendos provisorios, con cargo a utilidades, salvo que haya pérdidas acumuladas.

3ª Regla:

El pago de los dividendos mínimos que correspondan, según la ley o estatutos, será exigible por los accionistas transcurridos 30 días, contados desde la fecha de la Junta que aprobó la distribución. El crédito a los frutos pendientes le compete a los accionistas inscritos en el Registro de Accionistas el 5º día hábil anterior a la fecha de su pago. El artículo 84 aplica reajuste e intereses corrientes contra la sociedad si no hace el pago oportuno de los dividendos devengados, el artículo 83 forja un título ejecutivo para hacer efectivo su cobro.

Forma de pago

4ª Regla:

Los dividendos deberán pagarse en dinero, salvo que por acuerdo unánime de las acciones emitidas se disponga otra cosa.

Con todo, en las Sociedades Anónimas Abiertas, lo que exceda del mínimo a repartir: más 30 % de la utilidad líquida, podrá pagarse, dando opción a los accionistas para recibirlos en dinero, en acciones liberadas o en acciones de otras sociedades en que la empresa sea titular.

Sobrante

5ª Regla:

Por último, la parte de utilidades que restare, (una vez absorbidas las pérdidas de ejercicios anteriores, de acordados los repartos de dividendos legales o estatutarios que haya que pagar y los adicionales que acordare la Junta) podrá ser capitalizada por la sociedad, previa reforma de los estatutos sociales (artículo 3 inc. 2º, 10, 56 Nº2 y 57 Nº 2 de la ley) y como ello irroga un aumento de capital, la junta decidirá una de estas alternativas:

- Emite nuevas acciones. En este caso los accionistas tienen derecho a ser titulares a prorrata de sus acciones (artículo 80);
- Puede decidir aumentar el valor nominal de las ya existentes; o
- Puede no capitalizar y dejar los fondos retenidos.

Respecto a esta materia, concordar con los arts. 57 Nº2, 56 Nº2, 24, 25 de la ley y 29 del Reglamento.

Sociedades Filiales y coligadas a una Sociedad Anónima, Título VIII (Artículos 86 y sgtes.)

Matriz:

Una sociedad anónima se llama matriz, si:

- Tiene participación o control en más del 50% del capital de otra sociedad que se llama filial, o
- Si puede elegir o designar a la mayoría de los directores o administradores de la sociedad filial.

Coligante:

Una sociedad anónima se llama coligante, si:

- Tiene participación o control en 10% o más del 10% del capital de otra sociedad que se llama coligada, o
- Si puede elegir a lo menos un miembro del Directorio o de la Administración de la otra.

El control se puede ejercer a través de accionistas mayoritarios o de terceros, con poder para influir en sus administradores.

Si bien el legislador estimula la formación de sociedades y el desenvolvimiento de las actividades económicas, no es menos cierto que la ley desconfía de las empresas vinculadas a un mismo grupo económico y las somete a normas restrictivas: ese es el objetivo que persiguen las disposiciones y que la ley sanciona en los arts, 88 y sgtes.

Así, por ejemplo, la ley impide que entre dos sociedades relacionadas, pueda haber recíproca participación de capitales, entre una y otra, para evitar que la filial o coligada pueda a su vez participar en el capital de la matriz o coligante, para escamotear los capitales brujos o artificiosos.

Así, v.g., la ley cuida que las operaciones entre sociedades relacionadas se efectúen en condiciones de equidad y según normas habituales de mercado para contrarrestar ventajas, actos obsequiosos y negocios engañosos o desfigurados.

Así, también debe informarse en la memoria anual las inversiones que hagan las sociedades matrices o coligantes en sus subalternas o relacionadas y para evitar distraer utilidades, la ley obliga a la matriz a consolidar su balance con la otra sociedad, para el cálculo de las utilidades y dividendos, en caso que existan inversiones, etc.

División – Fusión – Transformación, Título IX (94 - 100)

La ley distingue la división, transformación y fusión, de lo que es una reforma ordinaria y corriente del pacto social de una Sociedad Anónima.

Así resulta, naturalmente, del artículo 57, Nº 2, que separa ambos conceptos y lo propio se desprende del artículo 67, Nº 2, en relación con Nº 4 y siguientes del mismo artículo.

La ley 18.046 regula especialmente en el Título 9º la naturaleza jurídica de esta clase de operaciones sociales, todas las cuales dan lugar a una suerte de actos complejos, cuyos conceptos, alcances y efectos la ley define precisamente.

De esta forma, se han despejado las dudas que su incipiente tratamiento jurídico concitaba en su estudio, anteriormente.

La División, si bien

- a) Importa la reforma de la sociedad que se divide, para disminuir su patrimonio,
- b) Supone al mismo tiempo la constitución de una nueva sociedad, a la cual se aporta el resto del patrimonio de la primera, lo que denota dos actos jurídicos diversos, aunque íntimamente ligados (tan ligados como resulta del artículo 95).

La transformación que es una alteración tan profunda del contrato social, como que impone un cambio tal en su naturaleza, que importa la sustitución de la especie o tipo social de que se trata, reemplazando su forma, sin disolverse.

La Fusión, que constituye el proceso inverso de la división, con arreglo al cual una sociedad se disuelve, exclusivamente porque otra sociedad que se constituye o que ya existe, adquiere la totalidad de su patrimonio, sucediéndola en todos sus derechos y obligaciones. Hay fusión por creación de una sociedad o por incorporación a otra.

- **En la división hay una reforma y la creación de otra sociedad;**
- **En la Fusión hay una disolución y el aporte de todo el patrimonio a otra sociedad;**
- **En la Transformación hay una sola sociedad, que sólo cambia su especie, porque conserva su personalidad jurídica.**

En ninguna de estas operaciones, dice el artículo 100, accionista alguno podrá perder su calidad de tal, a menos que consienta en ello y la forma en que podría hacer valer su derecho, es la que tiene todo accionista disidente de ejercer su derecho a retiro (arts. 69 - 71)

Diferencias:

- a) La Fusión se diferencia de la división, porque en el primer caso hay una sociedad que se disuelve porque otra la absorbe, la que pasa a ser continuadora legal y en la división la sociedad no se disuelve sino que subsiste con un patrimonio menor, inferior, que en parte se aporta a otra sociedad que se crea.
- b) La fusión se diferencia de la transformación, por cuanto en esta no hay disolución y subsiste su personificación, aunque con un tipo social distinto.

División

Concepto: La división de una sociedad consiste en la distribución de un patrimonio entre sí y una o más sociedades anónimas que constituya al efecto. (artículo 94 1ª parte).

Mecanismo: Ha de ser aprobada por junta extraordinaria de accionistas que deberá aprobar las siguientes materias:

- Disminución del capital social y la distribución del patrimonio de la sociedad entre ésta y la(s) nueva(s) que se creen;
- Aprobación de los estatutos de la(s) nuevas sociedad(es) a constituirse. (artículo 95)

Limitación: A los accionistas de la sociedad dividida les ha de corresponder la misma proporción en el capital de cada una de las sociedades que aquella que poseían en la sociedad que se divide. (artículo 94 2ª parte).

Efecto: Incorpora de pleno derecho a todos los accionistas de la sociedad dividida en la(s) nueva(s) sociedad(es) que se forme(n). (artículo 95 inciso final, 2ª Parte)

Transformación

Concepto: La transformación es el cambio de especie o tipo social de una sociedad, efectuado por reforma de sus estatutos, subsistiendo su personalidad jurídica. (artículo 96).

Mecanismo: Transformación de otros tipos o especies de sociedades en sociedades anónimas, debe cumplir con formalidades del artículo 5º relativas a la constitución de la sociedad anónima; si son sociedades anónimas especiales, además los requisitos especiales. (artículo 97 inciso 1º).

Transformación de sociedades anónimas a otros tipos sociales, debe cumplir con las formalidades propias de ambos tipos sociales. (artículo 97 inciso 2º).

Efecto: No libera a los socios gestores o colectivos de la sociedad transformada de su responsabilidad por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad, salvo respecto de los acreedores que hayan consentido expresamente en ella. (artículo 98).

Fusión

Concepto: La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados. (artículo 99, inc. 1º).

La ley distingue la fusión por creación de la por incorporación.

Mecanismo: En la fusión por creación, dos o más sociedades se disuelven pero no se liquidan, pues el activo y pasivo de ellas se aporta a una nueva sociedad que se constituye.

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, el Directorio de ésta deberá distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aquéllas, en la proporción correspondiente. (artículo 99 inciso final, 2ª Parte)

En la fusión por incorporación, se hace mediante un aumento del capital de la sociedad absorbente, adquiriendo ésta todo el activo y pasivo de la sociedad absorbida que se disuelve.

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 absorbente, el Directorio de ésta deberá distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aquéllas, en la proporción correspondiente. (artículo 99 inciso final, 2ª Parte)

Limitación: 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 la absorbente, en su caso, el Directorio de ésta deberá distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aquéllas, en la proporción correspondiente. (artículo 99 inciso final, 2ª Parte).

Efectos: Tanto en la fusión por creación como en la por incorporación, no hay liquidación de la sociedad absorbida o fusionada. (artículo 99 inciso penúltimo).

La sociedad absorbente o la nueva sociedad que se crea en su caso, sucede en todos sus derechos y obligaciones a la absorbida o disuelta, incorporando la totalidad del patrimonio a aquélla. Como tal, no puede desconocer el efecto obligatorio de los contratos válidamente celebrados por la sociedad absorbida, ni tampoco esgrimir la disolución de la sociedad como un modo de extinguir las obligaciones.

Por último, el artículo 100 de la ley establece un efecto de carácter general, al disponer que 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.

Con estas ideas, cabe entonces considerar:

División	Concepto	=artículo 94 1ª Parte
	Mecanismo	=artículo 95
	Limitación	=artículo 94 2ª Parte
	Efecto	=artículo 95 inc. F, 2ª Parte
Transformación	Concepto	=artículo 96
	Mecanismo	=artículo 97
	Efecto	=artículo 98, con límite al final
Fusión	Concepto	=artículo 99, inc. 1º
	Mecanismo	a) Creación b) Incorporación (aumento de capital)
	Limitación	=artículo 99 inc. F, 2ª Parte
	Efecto	=no hay liquidación 99 inc. Penúltimo

Artículo 100, Efecto General.

Disolución y Liquidación de la Sociedad Anónima

El artículo 103 de la ley 18.046 estatuye las causales de disolución de una Sociedad Anónima, en los siguientes términos:

Nº1 Por el vencimiento del plazo de su duración, si lo hubiere

Hay que armonizar este precepto, con el Nº4, del artículo 4º, que se refiere a las menciones de la escritura pública, a cuyo respecto, si nada se dice en el pacto social, la Sociedad Anónima será indefinida y no tendría cabida así esta causal.

Nº2 Por una reunión de todas las acciones en manos de una sola persona

En Chile no existe la hipótesis de la: "One man company", prevista en el derecho inglés, pues el contrato social supone, como elemento esencial, la existencia de 2 o más personas. (2.053 del C.C.).

El artículo 107 tiende a evitar que se esfume la sociedad sin antes resguardar los intereses de terceros que hubieren contratado con la sociedad exigiendo el VºBº de la Superintendencia en las Sociedades Anónimas Abiertas, como requisito previo al último traspaso.

Nº3 Por acuerdo de la Junta General extraordinaria de accionistas.

Antes se precisaba el acuerdo unánime de los accionistas para acordar la disolución anticipada, aplicando los arts. 2107 y 1545, ambos del Código Civil.

Se salvó esta situación, disponiéndose que la disolución anticipada puede acordarse con el quórum del voto conforme de las 2/3 partes de las acciones emitidas con derecho a voto.

Nº4 Por revocación de la autorización de existencia, acorde a la ley

Según el artículo 126, requieren de esa autorización para su formación:

- Las Compañías Aseguradoras,
- Reaseguradoras,
- Las Administradoras de Fondos Mutuos,
- Las Bolsas de Valores y otras que la ley exija,
- Los Bancos Comerciales,
- Las Instituciones Financieras ,
- Las Casas de Cambio, etc...

En todo caso, las resoluciones que revoque la autorización de existencia de una sociedad especial deberán ser fundadas.

El artículo 104 determina que esa revocación podrá decretarse por infracción grave a la ley, al reglamento u otras normas aplicables.

Nº5 Por sentencia judicial ejecutoriada respecto de las Sociedades Anónimas Cerradas :

- 1) Demanda de 20% de accionistas
- 2) por infracción de la ley
- 3) El tribunal procederá breve y sumariamente y apreciará la prueba en conciencia.

El artículo 105 establece a este respecto, que la demanda podrá deducirse cuando accionistas que representen a lo menos un 20 % de su capital así lo decidan, siempre que existiere una causa para ello, considerándose como tal, una infracción grave a la ley, al reglamento y a las demás normas que sean aplicables y se acredite que de ello se sigue un perjuicio, sea para los accionistas o para la sociedad; se consideran también causales para perseguir la disolución, la quiebra de la sociedad, su administración fraudulenta, así como otras situaciones de igual gravedad.

El tribunal deberá proceder breve y sumariamente y apreciará la prueba en conciencia.

Nº6 Por las demás causales contempladas en el estatuto social

Por ejemplo: Finalización del negocio o pérdida del 50% del capital social.

En los casos de disolución por revocación de la autorización de existencia o por sentencia judicial ejecutoriada, los directores y el gerente de la sociedad serán solidariamente responsables de los perjuicios que eventualmente se causaren a los accionistas, a menos que constare expresamente su falta de participación o su oposición a los hechos que han servido de fundamento a la resolución o sentencia, en su caso (artículo 106).

Formalidades

El artículo 3º. Inc. 2º, de la ley, dispuso que las actas de las juntas en que se acuerde disolver la sociedad, deben reducirse a escritura pública y el extracto autorizado por el notario debe inscribirse y publicarse (60 días). Si así no se hiciera, al igual que para la reforma, interpretando la ley, la disolución sería inexistente y no produciría efecto (artículo 6º inc. 1º).

Ahora bien, la disolución que no emane de un acuerdo de Junta, como el vencimiento del plazo, la reunión de todas las acciones en una sola mano o la sentencia judicial o Resolución que la revoque, debe cumplir con el requisito de consignarse el hecho por el Directorio, en los términos del artículo 108, (a.- por el Directorio ; b.- plazo: 30 días), pero ello no es una solemnidad que perfeccione la disolución, sino que es una formalidad que hace oponible el hecho respecto de terceros, porque la fuerza de la disolución no emana de un acuerdo, sino que de la ley, del acto de la revocación o de la sentencia. El propio artículo 108 lo deja sobreentendido, en el inciso final.

En consecuencia:

Causal	Formalidad
1) Acuerdo de Junta	Acta se reduce a escritura pública y se inscribe y publica el extracto dentro de 60 días (artículo 3º inc. 2º)
2) Vencimiento del plazo o reunión de acciones en una sola persona.	Deberá consignarse por el Directorio el hecho dentro de 30 días en una escritura pública y se publica e inscribe su extracto por vía de publicidad, dentro de 60 días
3) Revocación de autorización de existencia o sentencia judicial.	Se tomará razón de ello al margen de la inscripción social y se publica extracto de una vez en D. Of. Dentro de 60 días dando cuenta de la resolución o sentencia, en su caso.

Personalidad Jurídica de la Sociedad disuelta

La disolución de la sociedad no produce la terminación inmediata de la persona jurídica, pues el artículo 109 la declara subsistente para los efectos de su liquidación y como tal, quedan vigentes sus estatutos, en lo que le fueren pertinentes.

Dice el artículo 109, al final del inc. 1º, que deberá agregar a su nombre la expresión "En liquidación".

La personalidad jurídica es para concluir sus operaciones y no para continuar la explotación del giro: El inc. 2º del artículo 109 así lo dispone: Esto está en armonía con el artículo 114 = que rige las facultades de los encargados de la liquidación.

Liquidación

La ley en comentario, establece las siguientes reglas:

- Dice en el artículo 110 que disuelta la sociedad, se procederá a su liquidación y
- Para ello, hay que observar las formas de la disolución previamente, de acuerdo al artículo 112.

No hay necesidad de practicar su liquidación, por razones obvias, si se disuelve la sociedad por reunirse todas las acciones en manos de una sola persona o si opera la transformación o fusión de la sociedad (96 - 99).

Comisión Liquidadora:

El artículo 110 inc. 7ª y 2ª parte, confía la liquidación a una comisión liquidadora, elegida por la Junta de Accionistas, según el mecanismo de elección del artículo 66 que es por votación a menos que por acuerdo unánime se decida designarlos por aclamación (66 inc. 3ª) entretanto, el último Directorio deberá continuar a cargo de la administración de la sociedad (112, inc.2ª). El artículo 56 lo sanciona como materia de una Junta Ordinaria. Esta junta fija su remuneración (110 inc. 1ª. Al final).

Excepción: Un liquidador, entre una quina que presenta Tribunal, si la disolución se decretó por sentencia judicial.

Composición (111, inc. 1ª), la forman 3 liquidadores, salvo acuerdo unánime en contrario. Entre ellos, se designa un presidente, que la representa judicial y extrajudicialmente. Requisitos: ídem para ser director (112 inc. 3ª)

Duración: la que indiquen los estatutos o junta. No puede exceder de 3 años y, si nada se dice, duran tres años. Pueden ser reelegidos por una vez. Artículo 9ª transitorio: Se aplica incluso el plazo a liquidadores que estaban en sus cargos antes de dictarse la ley.

Revocación (113) Así como los directores son esencialmente revocables, lo propio ocurre con los liquidadores. El artículo 113 sanciona la regla. ¿La revocación es total? No lo dice el artículo 113. Ver artículo 112, inc. F, en relación con artículo 38.

Facultades:

1) El artículo 114 las estatuye

En suma, la comisión liquidadora goza de todas las facultades tendientes al cumplimiento del imperativo para el que ha sido constituida, salvo que la junta se las hubiere restringido o que sean privativas del conocimiento de la Junta, de acuerdo a los estatutos.

Los liquidadores no pueden delegar su encargo; la comisión podrá delegar parte de sus funciones... (115, inc. 3ª).

Cómo opera la Comisión Liquidadora (115)

El N°9, del artículo 4ª, en las menciones de la escritura social, señala que ésta debe expresar: La forma en que debe hacerse la liquidación.

Con todo, el artículo 115 dispone que durante la liquidación seguirán reuniéndose las Juntas Ordinarias...

Reparto de capital a los socios: Reglas

Como los objetivos de la liquidación son realizar los bienes para que, con su producto, se paguen las deudas y se distribuya el remanente entre los accionistas, los arts. 116, 117 y 118 consagran 3 reglas básicas sobre el reparto de fondos:

- Los repartos que se efectúen a los accionistas, en razón de la liquidación, deberán pagarse en dinero, lo que supone, pues, la necesidad de vender los Bienes del activo. Para efectuar repartos de Bienes, habría necesidad de un acuerdo unánime o por 2/3 de acciones en Junta (116).
- Solo cabe efectuar repartos por devolución de capital, una vez pagadas las deudas sociales o asegurado que fuere su pago (armonizar con artículo 29 Ley 18.046) (117).
- Los repartos deberán efectuarse trimestralmente y, en todo caso, cada vez que se acumule una cantidad de fondos suficientes al 5% del valor de las acciones, de lo contrario, se reajustan según la variación de la U.F. y devengan intereses (por la mora).

Dos ideas finales:

- Tiene derecho a repartos los accionistas inscritos el 5º día hábil anterior al pago en el Registro de Accionistas.
- Responden solidariamente los liquidadores de los perjuicios causados a terceros (118).