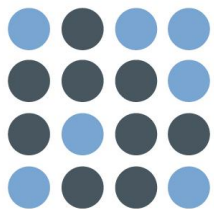




**FACULTAD DE DERECHO**  
UNIVERSIDAD DE CHILE  
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL



COMISIÓN DE ESTUDIO  
**NUEVA CODIFICACIÓN COMERCIAL**

**SEGUNDA SUBCOMISIÓN**

**CONTRATO DE SOCIEDAD MERCANTIL**

**MARZO 2017**



## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>II.</b>	<b>INTEGRANTES DE LA SUBCOMISIÓN</b>	
1.	Patricio Fuentes Mechasqui - Presidente .....	6
2.	Osvaldo Lagos Villarreal - Vicepresidente .....	6
3.	Luis Alberto Aninat Urrejola - Secretario .....	6
4.	Cristián Eyzaguirre Court .....	6
5.	Juan Francisco Gutiérrez Irarrázabal .....	6
6.	Luis Óscar Herrera Larraín .....	7
7.	Álvaro Ortúzar Santa María .....	7
8.	Juan Eduardo Palma Cruzat .....	7
9.	Julio Pellegrini Vial .....	7
<b>III.</b>	<b>ÁMBITO DEL ENCARGO Y</b>	
	<b>PLAN DE EXPOSICIÓN POR MATERIAS .....</b>	<b>8</b>
<b>IV.</b>	<b>EXPERTOS INVITADOS</b>	
1.	Enrique Alcalde Rodríguez .....	9
2.	Guillermo Caballero Germain .....	9
3.	José Miguel Flores Acuña .....	9
4.	Diego Pardow Lorenzo .....	9
5.	Jorge Ugarte Vial .....	9



<b>V. RESUMEN EJECUTIVO</b> .....	10
<b>1. Sociedad de Personas</b> .....	10
a) Diagnóstico general .....	10
b) Problemas detectados .....	10
i. La relación entre la duración de la sociedad, la exclusión de un socio y la posibilidad de retirarse de la sociedad de personas.....	10
ii. Conveniencia de establecer la mercantilidad formal o <i>per se</i> para la sociedad de responsabilidad limitada.....	14
iii. La naturaleza contractual o institucional de la sociedad de personas y en particular de la sociedad de responsabilidad limitada.....	16
iv. La necesidad de crear una sociedad de personas unipersonal que reemplace a la EIRL.....	17
v. La necesidad de revisar la regulación de los retiros de una sociedad de personas en montos superiores a la utilidad líquida del ejercicio, especialmente en el contexto de la protección de los derechos de terceros acreedores de la sociedad...	19
vi. La conveniencia de introducir un sistema de administración mayoritario en la sociedad de personas y su efecto en la debida protección de los intereses de socios minoritarios .....	20
vii. Las restricciones legales a la selección de la razón social, su justificación y utilidad .....	22
viii. La representación de la sociedad en relación con el objeto social. La determinación de las reglas supletorias y la carga de la prueba respecto de las facultades del administrador para obligar a la sociedad.....	24
<b>2. Sociedad en Comandita</b> .....	28
a) Diagnóstico general.....	28
b) Problemas detectados.....	28



3. Sociedades por Acciones .....	29
a) Diagnóstico general.....	29
b) Problemas detectados.....	30
4. Sociedad Anónima.....	38
a) Diagnóstico general.....	38
b) Problemas detectados.....	38
i. La conveniencia de precisar el concepto de “interés social”.....	38
ii. La conveniencia de precisar la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los directores (responsabilidad extracontractual y subjetiva) .....	40
iii. La conveniencia de precisar el estándar de cuidado exigible a un director.....	42
iv. Conveniencia de consagrar explícitamente la “regla sobre el juicio de negocios” (business judgment rule) .....	43
v. Otros temas propuestos.....	44
5. Modificación de la regulación societaria a la luz de los recientes cambios legislativos en materia de libre competencia .....	45
a) Diagnóstico general .....	45
b) Problemas detectados.....	45
Nuevas figuras jurídicas en materia de libre competencia no encuentran cabida en el texto actual del Código de Comercio .....	46
<b>VI. DOCUMENTOS E INFORMES DE LA COMISIÓN.....</b>	<b>47</b>



## **I. INTRODUCCIÓN**

El presente informe recoge las opiniones y análisis normativo de la regulación relativa a sociedades mercantiles. La materia es vasta y compleja y en gran medida ha sido objeto de revisiones, cambios y reformas regulatorias, que han otorgado adecuada armonía y coherencia entre las distintas instituciones del ramo.

No obstante, lo anterior, en materia de sociedades de personas, se requiere una reestructuración de conceptos e instituciones fundamentales; cuyo diagnóstico y análisis se incluyen en este informe. Lo anterior, junto con la necesidad de adecuar y analizar aspectos normativos propios de otros tipos societarios, en particular, en materia de responsabilidad y administración.

El trabajo de la Subcomisión que se refleja en el presente informe, se desarrolló con altos grados de coincidencia entre sus miembros, y contó con la presencia de destacados profesionales y académicos invitados, quienes aportaron con su experiencia y conocimiento en materias específicas y de gran relevancia en materia societaria.



## II. INTEGRANTES DE LA SUBCOMISIÓN

1. Patricio Fuentes Mechasqui - Presidente.  
Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Comercial, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Fiscal Banco BICE.
2. Oswaldo Lagos Villarreal - Vicepresidente.  
Abogado, Universidad Adolfo Ibáñez; Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Autor de diversas publicaciones en materias de Derecho Corporativo y de Seguros.
3. Luis Alberto Aninat Urrejola - Secretario.  
Abogado, Universidad de Chile; Postítulo en Economía para Abogados, Universidad de Chile; y LL.M. Universidad de Columbia. Profesor invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
4. Cristián Eyzaguire Court.  
Abogado, Universidad de Chile; LL.M. en Regulación Financiera y de Valores, Law Center, Universidad de Georgetown. Especialista en materias Corporativas, Mercado de Capitales, Venture Capital y Private Equity.
5. Juan Francisco Gutiérrez Irarrázabal.  
Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; LL.M. Universidad de Nueva York. Especialista en Derecho Corporativo, Fusiones y Adquisiciones.
6. Luis Óscar Herrera Larraín.



Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Titular de Derecho Comercial, Pontificia Universidad Católica de Chile. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

7. Álvaro Ortúzar Santa María.

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC). Profesor de Derecho Civil en la PUC y Universidad de Chile. Consejero del Círculo Legal de ICARE.

8. Juan Eduardo Palma Cruzat.

Abogado, Universidad de Chile; LL.M. Universidad de Northwestern. Profesor de Derecho Comercial Universidad de Chile y Pontificia Universidad Católica de Chile.

9. Julio Pellegrini Vial.

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; LL.M. University of Chicago. Profesor Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.



### **III. ÁMBITO DEL ENCARGO Y PLAN DE EXPOSICIÓN POR MATERIAS**

Se encargó a esta Subcomisión realizar un diagnóstico, lo más preciso y documentado posible, de la adecuación de la legislación sectorial vigente a la actividad económica y al resto del ordenamiento nacional, indicando, en su caso, los criterios jurídicos con arreglo a los cuales podrían solucionarse en una futura recodificación los inconvenientes detectados.

Al efecto, se encargó la redacción de un Informe de Subcomisión, en el que aparezcan recogidas, ordenadas y armonizadas las propuestas

Las materias objeto de análisis se sintetizan en tres grandes temáticas, estas son, sociedades de personas, sociedades de capital y sociedades que, no obstante encuadrar dentro de la clasificación anterior, requieren un estudio y tratamiento especial en razón de las normas que las regulan y el fenómeno jurídico que vienen en estructurar.

Específicamente, se estudió y analizó la sociedad colectiva mercantil, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad en comandita por acciones, la empresa individual de responsabilidad limitada, la sociedad por acciones y la sociedad anónima.





#### **IV. EXPERTOS INVITADOS**

1. Enrique Alcalde Rodríguez.  
Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC); Magister en Ciencia Jurídica y Doctorado en Derecho, PUC. Profesor Titular de Derecho Civil, Facultad de Derecho PUC. Director del Centro de Gobierno Corporativo UC.
2. Guillermo Caballero Germain.  
Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Diplomado en Economía y Finanzas para Abogados, Universidad de Chile; Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de Derecho Comercial; Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
3. José Miguel Flores Acuña.  
Abogado, Universidad de Concepción; Máster en Derecho de la Empresa, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona; Estudios Avanzados de Negociación en Facultad de Derecho, Universidad de Harvard.
4. Diego Pardow Lorenzo.  
Abogado, Universidad de Chile. Magister y Doctor en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Profesor del Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
5. Jorge Ugarte Vial.  
Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC); LL.M. Universidad de Columbia. Profesor de Derecho Comercial, Facultad de Derecho PUC. Miembro del Centro de Gobiernos Corporativos UC.



## V. RESUMEN EJECUTIVO

### 1. Sociedad de personas

#### a) Diagnóstico General

Las sociedades de personas, en general, no han recibido la misma atención del legislador ni el regulador sectorial que sí han tenido las sociedades de capital. Luego, su normativa no se encuentra del todo actualizada ni responde a las nuevas necesidades que el tráfico comercial moderno requiere del ordenamiento jurídico.

Al respecto, hemos detectado una serie de problemas, los que, en primer lugar, se explican latamente, para finalmente exponer una o varias, según sea el caso, alternativas de solución y/o propuestas de cambio normativo/regulatorio que adapten las instituciones y conceptos actualmente vigentes a la realidad actual comercial.

#### b) Problemas Detectados

- i. La relación entre la duración de la sociedad, la exclusión de un socio y la posibilidad de retirarse de la sociedad de personas.

#### □ Explicación:

Nuestro Código Civil (C.C.), atendido los criterios y tradición vigentes a la época de su dictación, establece la disolución total de la sociedad cuando se produce un hecho que afecta a la normal permanencia de un socio, apoyada en la rígida concepción *intuitu personae* de la sociedad colectiva.

La política legislativa actual y la doctrina se orientan, en cambio, a superar la inestabilidad derivada del riesgo que implica que ciertos hechos que afectan en lo particular a un socio determinen obligatoriamente, o al menos como regla general imperativa, la consecuente disolución total de la sociedad.

Para impedir la disolución, los contratos sociales suelen incluir cláusulas de subsistencia de la compañía, y exclusión del socio afectado. Ello se fundamenta principalmente en la conveniencia jurídica de la mantención de la vigencia de la sociedad por sobre su disolución, y más bien en la conservación de la empresa organizada como sociedad.



En el Código Civil y en el Código de Comercio se observa que, en variadas y aisladas disposiciones, se regula en forma particular e incompleta la existencia de ciertas causales sobre exclusión del socio, separación voluntaria de éste y disolución total, sin que ellas se integren en un sistema general.

La ley no ha contemplado causales expresamente aplicables a los socios que tienen la condición de ser personas jurídicas.

Al respecto, estimamos que debe respetarse la libertad de los socios para estipular el régimen de disolución en el contrato social de la forma que estimen más conveniente para sus legítimos y lícitos intereses, y que la ley salvo en materias de orden público económico, sea simplemente supletoria de la voluntad de las partes.

□ Propuestas de solución:

- Revisión de causales subjetivas de disolución.

Si se acepta como regla general dispositiva la conveniencia de la vigencia de la sociedad, a este respecto deberá revisarse las disposiciones del C.C. (Libro IV, Título XXVIII, párrafo 7,) que establecen causales subjetivas de disolución total, tales como, el incumplimiento de la obligación de aporte (art. 2101 y armonizarlo con el art. 379 del C.Com); el fallecimiento de un socio (art. 2103); la incapacidad sobreviniente y la insolvencia de un socio (art. 2106); y la renuncia de un socio (art. 2108). En virtud a esta revisión, estas causales se convertirían en causales de exclusión, o sea de disolución parcial.

Deberá aclararse qué se entiende por insolvencia de la sociedad en el art. 2100 y por insolvencia del socio en el art. 2106, vinculando esos conceptos con las normas de la Ley N°20.720 sobre Insolvencia y Reemprendimiento. Normas de esta ley que tienen efecto en el contrato social, por ej. el art. 289 sobre acción revocatoria de reforma a pactos sociales que como en el caso del retiro o exclusión de un socio importaren una disminución del patrimonio de la sociedad deudora.

También es necesario analizar la reglamentación de los arts. 2072 y 2073 sobre los efectos de la renuncia y remoción del socio administrador (administrador estatutario), como causal de disolución de la sociedad, y su aplicación de esta normativa al tercero no socio que administra la sociedad.

Igualmente, en orden a mantener a la sociedad, es revisable la norma del art. 350 del Código de Comercio sobre prórroga automática de la sociedad, cuando un socio expresa su voluntad de ponerle término, de manera que ello signifique el retiro de los socios acordes con la terminación.



- Revisión de causales objetivas de disolución.

Entre éstas, la finalización del negocio para el que fue contraída (art. 2099); la insolvencia y la extinción de la cosa o cosas que forman su objeto total (art. 2100), y sociedad que no puede continuar útilmente (arts. 2100 y 2102).

- Disolución como sanción.

De acuerdo al art. 26 letra b) del D.L. N° 211, de 1973, el Tribunal de la Libre Competencia puede ordenar la disolución de la sociedad que hubiere intervenido en operaciones contrarias a las disposiciones de dicha ley.

- Hechos que permiten la exclusión de un socio. Procedimiento.

La exclusión de un socio se caracteriza porque importa el retiro forzoso de un socio, como causal de disolución parcial. Esto como alternativa a la disolución total, por ello esta materia se relaciona con la revisión de las causales subjetivas de disolución.

El incumplimiento de la obligación de aporte y su efecto como causal de exclusión (art. 379 del C.C.) puede extenderse al incumplimiento más generalizado de otras obligaciones sociales o infracción de prohibiciones (como en el caso del art. 404 N. 2 del C.C., cuando el socio aplica los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos la firma social).

El art. 2087 del C.C. permite la exclusión del socio que se niega a aumentar su aporte.

Analizar la conveniencia de establecer la válida posibilidad de estipular contractualmente una cláusula general de exclusión por justo motivo bajo ciertos parámetros, por ejemplo incumplimiento grave de las obligaciones, con o sin culpa del infractor (el art. 2101 señala el hecho o culpa, en cambio el art. 379 del C.C. establece el retardo en el aporte por cualquier causa, pero a continuación se refiere al socio “moroso”. Igualmente el art. 2083 se refiere al retardo en la entrega del aporte por culpa leve).

Asimismo, la ley puede establecer causales de exclusión.

Necesidad de regular el procedimiento extrajudicial de exclusión, como materia de un acuerdo de los socios. Quórum: unanimidad o cierta mayoría calificada, sin requerirse del consentimiento del excluido. Conveniencia de establecer recursos judiciales que procedan en contra del acuerdo, tanto si se acuerda la exclusión como si se rechaza, teniendo presente que ésta es una decisión basada en la existencia de causales objetivas, cuya constatación debe ser de la exclusiva competencia de los socios y en la cual no corresponde que inmiscuya el juez.

- Reglamentación del derecho de separación de un socio y sus efectos.



La posibilidad de separarse de la sociedad sin que ello signifique su disolución total se encuentra contemplada en el art. 2087 del C.C. La renuncia del socio en los casos que ella proceda de acuerdo al art. 2108 conduce a la disolución total de la sociedad.

En el caso de la sociedad de duración indefinida, conforme al artículo 2108 del C.C., se permitiría la renuncia unilateral. Sin embargo, el artículo 352 N° 7 del C.C., ratificado por el artículo 30 N° 6 del Reglamento del Registro de Comercio, parecen oponerse a esta posibilidad.

En cuanto a sus efectos, la disolución impone al socio un deber de no competencia y confidencialidad.

Por otro lado, en cuanto a la sociedad propiamente tal, el retiro de un socio exige que se amortice la participación del socio saliente. Lo anterior, mediante el crecimiento de la participación de los socios que continúan, o acuerdo alternativo para que la participación del socio saliente se transfiera a un socio o a un tercero.

Por último, deben tenerse en cuenta otros problemas relativos a los efectos, entre estos:

- Necesidad de contemplar la posibilidad de rehabilitar una sociedad disuelta.
- Necesidad de revisión de las causales y procedimiento de disolución.
- Necesidad de establecer normas armónicas en cuanto a los efectos del fallecimiento de un socio. Al respecto, existe distinta reglamentación de la sociedad colectiva y de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 4° de Ley N°3.918 se remite al art. 2104 del C.C.)
- Necesidad de contemplar norma que regule el efecto de la nulidad del vínculo de un socio con la sociedad. No causa la disolución de la sociedad, salvo que la participación o el aporte de ese socio en particular deba considerarse como esencial (art. 16 de la Ley Argentina de Sociedades Comerciales).
- Posibilidad de solicitar la disolución por la mayoría de los socios, en caso de que las gestiones del administrador causen perjuicio manifiesto a la sociedad. Art. 400 del C.C. establece el criterio de que se trate de perjuicio grave y que la decisión le corresponde a la mayoría numérica de los socios. Debe solicitarse al órgano judicial competente.



- ii. Conveniencia de establecer la mercantilidad formal o per se para la sociedad de responsabilidad limitada.

□ Explicación

El párrafo 2 del título XXVI de nuestro Código Civil hace una clasificación de las distintas especies de sociedad, partiendo por la distinción entre la sociedad civil y comercial, según el objeto que tenga dicha sociedad (Art. 2059). Por lo tanto, toda sociedad cuyo objeto estipule la ejecución de algún acto que la ley califique como “acto de comercio” será comercial y todas las demás serán civiles, siendo este un criterio de fondo que debe determinarse caso a caso para cada tipo social. Sin embargo, en el caso de la sociedad anónima, la empresa individual de responsabilidad limitada y la sociedad por acciones el legislador hace una excepción y usa un criterio formal para clasificar a dichas sociedades, ya que por ley estas últimas son siempre mercantiles sin importar su objeto.<sup>1</sup>

La importancia de la clasificación de comercial o civil, en términos generales, radica principalmente en la regulación que se les aplica a las sociedades (en caso de ser civiles o comerciales), ya que unas quedarán sujetas a las reglas que se les aplican exclusivamente a los comerciantes (Código de Comercio) y las otras se someterán a las normas del Código Civil. Lo anterior se traduce, por ejemplo, en que las sociedades civiles se pueden constituir, modificar y disolver de manera consensual, no requieren de publicidad, no existe solidaridad entre los socios (a diferencia de la sociedad colectiva comercial) y no tienen la obligación de llevar contabilidad (dejando de lado las obligaciones tributarias de general aplicación).

No obstante esa distinción, ésta no tiene ninguna relevancia en cuanto a los tribunales que deben conocer de las disputas en que es parte una sociedad (no es relevante si es comercial o civil) y el procedimiento aplicable considerando que actualmente existe unidad de jurisdicción y no existe diferencia entre un juicio civil y otro mercantil. Lo mismo se puede decir respecto de la aplicación de la regulación sobre insolvencia, que con la reciente ley 20.720 (que sustituyó la ley de quiebras) instaló un régimen de reorganización y liquidación de empresas y personas sin hacer diferencia si el fallido ejerce o no una actividad comercial.

Esa falta de relevancia de la distinción entre sociedad civil o sociedad comercial en la sociedad de responsabilidad limitada (“SRL”) es aún más evidente por las siguientes razones (siendo lo natural que sean siempre consideradas mercantiles):

- Las SRL fueron creadas con el objeto de limitar la responsabilidad de los socios hasta el monto de sus respectivos aportes e incentivar que las sociedades de persona sirvieran como vehículo para el desarrollo de negocios, sin que sus socios se arriesgaran a comprometer su patrimonio propio, al igual que en las

<sup>1</sup> Art 2064 Código Civil, Art 424 inciso 2° del Código de Comercio, Art 2 de la ley N°19.857.



sociedades de capital,<sup>2</sup> las que como ya mencionamos actualmente son consideradas mercantiles por su tipo social y no por su objeto.

- Las SRL siempre se constituirá por escritura pública debiendo contener las menciones que estipula el artículo 352 del Código de Comercio, lo que significa que debe cumplir con los mismos requisitos que las sociedades comerciales. Además, deben cumplir para su constitución y modificación con las mismas formalidades que aquellas sociedades que por su tipo social la ley califica como comerciales (escritura pública y extracto inscrito en el Registro de Comercio y publicado en el Diario Oficial).
- La calificación de mercantil de la sociedad de responsabilidad limitada, sin importar su objeto, evita la incerteza o poca seguridad del régimen aplicable a ella: le será aplicable siempre la regulación mercantil, en caso de duda respecto de aquellas materias que tratan tanto el Código Civil como el Código de Comercio.
- La tendencia en las legislaciones modernas es considerar mercantiles las sociedades que adoptan ciertas formas jurídicas, con independencia de que su objeto sea o no mercantil (como ocurre en la legislación italiana, francesa y española).

En este mismo sentido el profesor Raúl Varela Morgan el año 2005 ya indicaba que “no parece razonable mantener el art. 1 de la Ley N°3.918 en virtud del cual hay sociedades de responsabilidad limitada civiles y comerciales. Todas las sociedades de responsabilidad limitada deberían ser comerciales, al igual que las anónimas. Así es en otros países. La tendencia a la unificación del Derecho Privado lleva implícita la idea de dar un régimen unitario a la actividad económica ya sea que se desarrolle en forma individual o a través de una sociedad”.<sup>3</sup>

Propuestas de solución.

En consecuencia, estimamos conveniente establecer la mercantilidad formal de las SRL al igual como se hizo con la S.A., EIRL y SpA para así evitar confusiones e inconsistencias en nuestra legislación comercial.

---

<sup>2</sup> Mensaje presidencial de la historia de la ley N° 3.918 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada.

<sup>3</sup> Ver Ponencia del Profesor Raúl Varela Morgan en “Estudios sobre Reforma al Código Civil y Código de Comercio”, Quinta Parte, Santiago, 2005, pág. 61. El profesor Osvaldo Contreras Strauch, en este mismo libro, concuerda con la necesidad de “mercantilizar” a todos los más importantes tipos sociales.





- iii. La naturaleza contractual o institucional de la sociedad de personas y en particular de la sociedad de responsabilidad limitada.

□ Explicación

El inciso primero del artículo 2053 del C.C. contiene la siguiente definición legal de sociedad: “un contrato en que dos o más personas estipulan en poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”. La concepción contractual de la sociedad viene del derecho romano, adoptándola nuestro Código Civil en el siglo XIX, por lo tanto, podríamos decir que la concepción contractual de la naturaleza jurídica de la “sociedad” es una construcción social arraigada en nuestra cultura jurídica.

Por el contrario, una doctrina minoritaria se opuso a la concepción contractual de la naturaleza jurídica de la sociedad, manifestando que la “sociedad” es una institución nacida de un acto jurídico mediante el cual se adscriben bienes determinados a un fin específico según su objeto, la cual una vez constituida es administrada por una forma institucional (un órgano por ejemplo) y no un contrato.<sup>4</sup>

La sociedad anónima es un claro ejemplo para apoyar esta teoría ya que se forma por un acto fundacional que debe ser entre dos o más personas, y a medida que se suman accionistas, la sociedad deja de ser un contrato y se rige por la voz de la mayoría según los quórum determinados por ley y no por un acto de voluntad coincidente entre todas las partes.

El año 2003 se creó la figura de la EIRL mediante ley N° 19.857, la cual tenía por objetivo incentivar el desarrollo de actividades económicas por un individuo (sobre todo en relación al desarrollo de la pequeña y mediana empresa), sin la necesidad de asociarse con un tercero para limitar su responsabilidad, como lo exige la teoría contractual de la naturaleza jurídica de la sociedad. En otras palabras, este proyecto buscaba crear una figura jurídica casi idéntica a la SRL pero distinta a una “sociedad” en cuanto a su composición (una persona en lugar de dos). Asimismo, en la moción parlamentaria de la historia de la ley N° 19.857 se advierte que en la práctica no hay ningún problema en que un “ente” se forme por obra de una sola persona, por el contrario se aprecia un beneficio en que sea posible hacerlo.<sup>5</sup>

Lamentablemente, la figura de la EIRL no ha logrado los objetivos estipulados ya que a diferencia de una “sociedad”, no se permitió que pudiera ser creada por una persona jurídica y tampoco permitió que terceras personas pudieran integrarse a esta

<sup>4</sup> Boquera, Matarredona Josefina, “El ejercicio individual del comercio con responsabilidad limitada. Empresario individual y sociedad unipersonal”. Colección Especial de cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los andes. Thomson y Reuters (2013) p.128.

<sup>5</sup> En todo caso, advertimos que si se otorga personalidad a un ente formado por dos personas, que limitan su responsabilidad (sociedades), no se divisan inconvenientes insalvables hacerlo respecto de una, la cual, probablemente desplegará con mayores frutos su actividad.





posteriormente, haciendo que a largo plazo, el capital que puede aportar una sola persona sea insuficiente para desarrollar la empresa y crecer. Finalmente, tiene la desventaja de que el empresario deberá responder con su propio patrimonio por los actos realizados fuera del objeto de la empresa, lo cual crea una gran incertidumbre jurídica y riesgo para el empresario.

Pocos años después, se creó la sociedad por acciones o “SpA” (año 2007), la cual también tenía objetivos de índole económicos, pero enfocados al fomento del mercado de capital de riesgo, dejando de manifiesto que la concepción contractual de la naturaleza de la sociedad es muy limitada y no logra abarcar las necesidades económicas que se requiere enfrentar en la actualidad. Con la creación de la SpA la cual se puede constituir con un accionista, se superó la discusión de la concepción de la sociedad como contrato, acercándose más a la doctrina de la sociedad como institución que nace de un acto jurídico, demostrando de manera práctica que no tiene sentido entender que la “sociedad” es por esencia un contrato, cuando nada impide (por el contrario, resulta beneficioso) que la sociedad surja de un acto jurídico unilateral.

□ Propuestas de solución.

De lo anterior se sigue que la legislación debiera dejar establecido que la sociedad puede nacer de un contrato o de un acto jurídico unilateral y, en cada caso, sujetar su acto fundacional al estatuto respectivo.

- iv. La necesidad de crear una sociedad de personas unipersonal que reemplace a la EIRL.

□ Explicación

Nuestro derecho distingue entre sociedades de personas, las cuales dividen su capital en participaciones (siendo las más relevantes la sociedad colectiva y la SRL) y sociedades de capital, las cuales dividen su capital en acciones como la S.A y la SpA. La diferencia fundamental entre las sociedades de capital y las de personas, es que en las de capital, la cesibilidad de acciones es por lo general libre, ya que cualquier accionista puede vender su participación a un tercero mediante una compraventa o traspaso de acciones (sin necesidad de modificar los estatutos o pacto social), por lo tanto el objetivo de las mismas es incentivar la participación de más inversionistas en dichas sociedades, sin importar su identidad. Por otra parte, en las sociedades de personas se requiere de una reforma de estatutos con la aprobación de todos los socios para ceder derechos, integrar o remover socios, siendo la muerte de un socio causal de terminación de la sociedad (siempre y



cuando no se estipule lo contrario), por lo que las personas que se asocian lo hacen en atención a la identidad de la persona con la cual se asocian (es un acto *intuitu personae*).

Dentro de las sociedades de capital, podemos encontrar a la S.A y a la SpA. Como dijimos anteriormente, la SpA se creó el 2007 para incentivar el crecimiento de la industria de capital de riesgo mediante la flexibilización de sus reglas de administración y composición, las cuales son más rígidas en el caso de las S.A. Entre las innovaciones que más llama la atención de este tipo de sociedad, es que se pueden constituir con un solo accionista y luego se le pueden ir sumando más a medida que se desarrolla el negocio para el cual se formó. Sin embargo, no encontramos un tipo social así de flexible en el ámbito de las sociedades de persona.

Si bien la EIRL tenía el objetivo similar de permitir formar una SRL con un solo socio, en la práctica no tiene los mismos beneficios que SRL por las razones que mencionamos en el número precedente. Lo anterior nos permite concluir que hace falta una sociedad de persona como la SRL (que limita la responsabilidad de los socios al monto de sus respectivos aportes o a la suma mayor que se convenga) pero que a su vez se pueda constituir con un solo socio, reemplazando y mejorando la figura de la EIRL.

No hay una razón práctica que impida crear una SRL con un solo socio. Un ejemplo de lo anterior es el caso de España, país en el cual se consideró idóneo dar la oportunidad a personas emprendedoras para realizar un negocio sin asumir un riesgo demasiado elevado, creándose de esta manera la SRL con un solo socio (ahora bien, en España la sociedad de responsabilidad limitada se caracteriza como una sociedad “de capital” o al menos de carácter mixto y no como una sociedad de personas)<sup>6</sup>. La SRL unipersonal se prefirió por sobre la EIRL debido a la mayor y mejor regulación que existe para la “sociedad”, así como también el conocimiento práctico que se tiene sobre ellas y la eficacia de sus disposiciones.

#### □ Propuestas de solución.

En vista de los problemas prácticos que presenta la EIRL y la superación de la concepción contractual de la “sociedad” instaurado por la definición contenida en el artículo 2053 del Código Civil, sería recomendable acomodar la regulación de la SRL para crear una SRL con un solo socio y reemplazar el régimen de la EIRL.

---

<sup>6</sup> Ley N° 2/1995 de 23 de marzo. Alemania, Francia y Bélgica también optaron por la creación de la sociedad de responsabilidad limitada con un socio.



- v. La necesidad de revisar la regulación de los retiros de una sociedad de personas en montos superiores a la utilidad líquida del ejercicio, especialmente en el contexto de la protección de los derechos de terceros acreedores de la sociedad.

#### □ Explicación

En las sociedades colectivas, no es en principio problemático realizar retiros por montos más allá de las utilidades líquidas del ejercicio, pues los terceros acreedores de todas formas pueden dirigirse contra el patrimonio de los socios, quienes son responsables por las deudas sociales. Esta responsabilidad es solidaria en las sociedades colectivas mercantiles (artículo 370 C.Com) o simplemente conjunta en las colectivas civiles salvo pacto en contrario (artículo 2095 C.C.).

Es por esto que, a propósito de las sociedades colectivas, no existe una regla que impida expresamente realizar retiros a partir de fondos que no provengan de utilidades del ejercicio o retenidas. El principio es que los terceros contratan con la sociedad, a partir de la solvencia de ésta y/o de sus socios. De hecho, ese es el sentido de que el nombre de la sociedad colectiva corresponda al nombre de dos o más de los socios.

Desde luego, este estado de cosas produce un problema cuando se le agrega limitación de responsabilidad a la sociedad colectiva, que fue la forma ideada por Claro Solar para construir la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada.

En cambio, en la sociedad anónima, un tipo social diseñado a partir de la idea de limitación de responsabilidad de sus socios, los retiros se encuentran limitados a las utilidades líquidas del ejercicio, precisamente con la finalidad de proteger a terceros (artículo 78 LSA). La ley permite el reparto de dividendos provisorios, pero bajo responsabilidad personal de los directores que lo acuerden (artículo 79 LSA). Asimismo, establece restricciones a la disminución o reducción de capital como a la adquisición de acciones propias (artículos 28 y 29 LSA) por motivos análogos. En este sentido, también es importante regular los préstamos que los socios realizan a una SRL, pues sustancialmente son formas de capitalización que alteran el diseño de la sociedad con personalidad jurídica y responsabilidad limitada donde el socio es acreedor residual. Por esto, probablemente la mejor opción sea subordinar estos créditos respecto a los de los acreedores sociales.

#### □ Propuestas de solución

Como se puede apreciar, el fundamento de la regulación de la Sociedad Anónima a este respecto es la imposibilidad de recurrir al patrimonio de los accionistas en virtud de la limitación de responsabilidad. En consecuencia, es un defecto de la Sociedad de Responsabilidad Limitada no contemplar una regulación en el mismo sentido, pues en esto es igual a la Sociedad Anónima.



A propósito de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las EIRL, se reguló la realización de retiros que no fueren a cuenta de utilidades. Así, el artículo 12 letra d) de la ley 19.857 sobre EIRL, estableció que el titular responderá ilimitadamente con sus bienes si efectuare retiros que no correspondieran a utilidades líquidas y realizables que pueda percibir.

No se aprecia por qué la SRL debería tener una regulación distinta a este respecto, ya que el riesgo para los terceros acreedores es el mismo. Esto refuerza el argumento según el cual la SRL y la EIRL no deberían contar con regulaciones distintas, y que bastaría con reconocer que la SRL puede constituirse como o devenir en unipersonal.

- vi. La conveniencia de introducir un sistema de administración mayoritario en la sociedad de personas y su efecto en la debida protección de los intereses de socios minoritarios.

#### □ Explicación

La regla de quórum en las decisiones de la sociedad colectiva civil es la contenida en el artículo 2054 del C.C.

En las deliberaciones de los socios que tengan derecho a votar, decidirá la mayoría de votos, computada según el contrato, y si en éste nada se hubiere estatuido sobre ello, decidirá la mayoría numérica de los socios.

Exceptúense los casos en que la ley o el contrato exigen unanimidad, o conceden a cualquiera de los socios el derecho de oponerse a los otros.

La unanimidad es necesaria para toda modificación substancial del contrato, salvo en cuanto el mismo contrato estatuya otra cosa.

Esta regla pugna con el hecho de que, en la práctica, al contenerse el estatuto de la sociedad en una escritura pública, sea necesario contar con la concurrencia de todos los socios para que una decisión social que suponga modificación de estatutos pueda llevarse a cabo, a pesar de que no sea una “modificación substancial del contrato”.

Por otro lado, el modelo de protección de minoritarios en una sociedad colectiva comercial, que por extensión corresponde a la SRL, es el siguiente:

En cuanto a la administración: si existe un administrador designado en estatutos, los demás socios no pueden oponerse a sus actos, y sólo se contempla como tutela nombrar un coadministrador o solicitar la disolución de la sociedad, siempre que se demuestre



judicialmente que la gestión produce “perjuicios manifiestos” a la sociedad (artículo 400 C. Com.)

En cuanto a las decisiones sociales de gobierno: regla del artículo 2054 del Código Civil, o bien, provocar la disolución por renuncia, salvo sociedad a plazo, en cuyo caso debe demostrarse “grave motivo” (artículo 2108 C.C.).

En silencio del pacto social, la administración corresponde de derecho a todos los socios en los términos del Art. 385 y siguientes del Código de Comercio.

Como se puede apreciar, la regulación actual produce los siguientes problemas en silencio del pacto social:

- Es difícil distinguir, en ocasiones, cuál es una decisión administrativa propia del administrador y cuál es una decisión de gobierno que corresponde a los socios.
- Respecto a estas segundas, es difícil saber cuándo se trata de una modificación sustancial del contrato y cuando es una cuestión de gobierno que sólo requiere de mayoría.
- Finalmente, respecto de estas últimas, si se trata de una decisión de gobierno, pero que requiere modificación de estatuto, se requiere acuerdo unánime de los socios por la cuestión formal reseñada, lo que otorga un poder de bloqueo exagerado a minoritarios disidentes.

#### □ Propuestas de solución

Estimamos que es necesario diseñar un sistema supletorio de gobierno que:

- Distinga con claridad que materias corresponde decidir a los socios y qué materias son propias de la administración.
- Establezca con claridad cuáles han de ser los quórum de las decisiones que corresponden a los socios, dependiendo de su relevancia.
- Permita que cuando se trate de decisiones mayoritarias, se impida el bloqueo de la minoría por el solo hecho de que es necesario modificar el estatuto. En este sentido, bastaría otorgar poder al administrador para llevar a cabo la decisión adoptada cumpliendo con el quorum exigido.
- Otorgue la posibilidad de destrabar una discrepancia social, otorgando derecho a retiro al socio disidente, pero a un valor justo. Se sugiere que este valor no sea el valor libro de la participación, sino que la participación se avalúe a partir del flujo de caja esperado de la sociedad o, en su defecto, del valor libro, a elección del disidente.



- vii. Las restricciones legales a la selección de la razón social, su justificación y utilidad.

□ Explicación

Tratando sobre las sociedades colectivas mercantiles el Artículo 365 del Código de Comercio dispone: “La razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios o de algunos de ellos, con la agregación de estas palabras: y compañía.”.

En estrecha relación con lo anterior se encuentra el Artículo 4° de la Ley No. 3.918 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada que, por su parte, dispone: “La razón o firma social podrá contener el nombre de uno o más de los socios, o una referencia al objeto de la sociedad. En todo caso deberá terminar con la palabra “limitada”, sin lo cual todos los socios serán solidariamente responsables de las obligaciones sociales”.

A modo muy general, la infracción a las disposiciones anteriores, según las disposiciones vigentes, acarrearía las siguientes sanciones:

- En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada la no inclusión de la palabra “limitada” implicaría que los socios pasan a ser solidariamente responsables de las obligaciones de la sociedad, dándole en consecuencia en este aspecto un tratamiento similar a una sociedad colectiva mercantil.
- En el caso de contracción de palabras, como por ejemplo “limitada” por “Itda”, entendemos que el problema actualmente estaría salvado por aplicación de la Ley No. 19.499 sobre Saneamiento de Vicios de Nulidad, particularmente lo indicado en el Artículo 9° que dispone que no constituyen vicios formales y por lo tanto no requieren ser saneados, entre otros, la contracción o resumen de palabras.
- Los otros vicios acarrearían la sanción de nulidad absoluta, susceptible de ser saneada por aplicación de la Ley No. 19.499.

□ Propuestas de solución.

- Exigibilidad de incluir referencia al nombre de los socios y/o al objeto de la sociedad.

Esta exigencia se basa fundamentalmente en el carácter de sociedad de personas que atañe a las sociedades colectivas mercantiles y a la sociedad de responsabilidad limitada, lo que en el hecho ha llevado a distinguir que para este tipo de sociedades el nombre sea conocido como la “razón social” en oposición a las sociedades de capital donde se habla de “nombre o denominación”.



Sin perjuicio de ello, la forma en la cual las sociedades de responsabilidad limitada han operado en la práctica, y los tipos de negocios que desarrollan, ha hecho que en muchas oportunidades la conformación de la razón social no sea tan relevante. Es más, siguiendo una práctica que no está consagrada positivamente en la Ley, muchas sociedades de responsabilidad limitada actúan en el comercio a través de su nombre comercial o nombre de fantasía, el cual para efectos societarios debemos entender no existir.

De tal manera, se plantea al respecto la posibilidad de flexibilizar la conformación legal de la razón social, haciéndola similar a lo que en este sentido existe en materia de sociedades anónimas, pudiendo eliminarse la referencia obligatoria al nombre de los socios y/o al objeto social, estableciendo una libertad en cuanto a la conformación de la misma, siendo obligatorio en todo caso indicar el tipo social de que se trata, ya se trate de una sociedad colectiva mercantil o una sociedad de responsabilidad limitada.

- Existencia previa de otras sociedades con una razón social idéntica o semejante.

Hoy en día nuestra legislación mercantil no contempla respecto de las sociedades de personas una normativa similar a lo dispuesto en el Artículo 8° de la Ley No. 18.046 sobre Sociedades Anónimas, y por lo tanto, si se constituye una sociedad de estas características que opere en el comercio con una razón social idéntica o semejante a la de otra ya existente, esta última carecería de acción para demandar la modificación de la razón social de la sociedad posteriormente constituida, como sí ocurre en el caso de las sociedades anónimas.

Lo anterior salvo el caso que la razón social esté registrada como marca comercial de conformidad a las normas del Derecho de la propiedad industrial, caso en el cual se aplican las disposiciones de esta última rama del Derecho.

Es del caso que la propiedad de una sociedad mercantil sobre su razón social puede ser de una relevancia crítica para la misma, pudiendo haberse generado un importante activo intangible en torno a la misma luego del tiempo durante el cual se ha desenvuelto en el comercio. Al respecto se hace presente la opinión del profesor Álvaro Puelma Accorsi en el sentido que este razonamiento haría excepción cuando la razón social en cuestión contiene el nombre de algún socio, puesto que toda persona tendría derecho a ejercer el comercio a través de una sociedad mercantil incorporando su nombre en la razón social de la misma.

Por dichas razones se propone analizar la posibilidad de incorporar en estos tipos sociales una normativa similar a la contenida en el actual Artículo 8° de la Ley No. 18.046 sobre Sociedades Anónimas en el sentido de conceder acción a una sociedad previamente existente para que pueda demandar a una sociedad de constitución posterior requiriendo la modificación de su razón social en caso que la razón social de esta última sea idéntica o semejante en términos que induzca a confusión.





- viii. La representación de la sociedad en relación con el objeto social. La determinación de las reglas supletorias y la carga de la prueba respecto de las facultades del administrador para obligar a la sociedad.

□ Explicación.

- Breve referencia al objeto social.

El objeto de la sociedad -o las “negociaciones sobre las que debe versar el giro de la sociedad”- es una de las menciones esenciales u obligatorias que debe contener la escritura social (art. 352 N°5 C.Com).

En general, el giro tiene importancia para (i) determinar la naturaleza civil o mercantil de la sociedad (art. 2059 C.C.) y con ello la ley aplicable a la sociedad, (ii) para establecer la prohibición de los socios de explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad sin el consentimiento de los demás socios (art. 404 N° 4 C.Com), (iii) puede ocasionar la nulidad de la sociedad en caso que el giro verse sobre un objeto ilícito, (iv) determina el estatuto aplicable en materia de ciertos aspectos concursales, y (v) a los fines que interesan a este informe, delimita las facultades de el o los administradores de la sociedad (art. 387 C.Com).

- Administración de la sociedad colectiva.

Existe amplia libertad para determinar por los socios las reglas de administración de la sociedad. Y precisamente las reglas que los socios fijan en los estatutos prevalecen sobre las que establecen el Código Civil y Código de Comercio para el caso que las partes nada señalen en sus estatutos.

Tales reglas supletorias se sintetizan a continuación:

- La administración corresponde derecho a todos los socios. Cualquiera de los socios puede ejercer actos válidos de administración por sí mismo o por medio de delegados, sean socios o extraños (art. 385 C.Com), es decir se entienden recíprocamente conferidas facultades de administración a todos los socios por el hecho de ser tales.
- En ese caso, se entiende también que los socios se confieren la facultad de obligar solidariamente la responsabilidad de todos sin su consentimiento expreso (art. 386 C.Com).
- En virtud del mandato legal, cada uno de los socios puede hacer válidamente 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.

○ Cualquiera de los socios tiene derecho a oponerse a un acto de administración de otro socio, a menos que se trate de actos de mera conservación (art. 388 C.Com). Los efectos de la oposición son diferentes según se trate de una sociedad civil o comercial (arts. 2081 C.C. y 389 C.Com). En el primer caso, la oposición surtirá efecto mientras se encuentre pendiente la ejecución del acto o no haya producido sus efectos legales. En el segundo, la oposición suspende provisionalmente la ejecución del acto o contrato hasta que la mayoría numérica de los socios califique su conveniencia o inconveniencia. El acuerdo de la mayoría sólo obliga a la minoría cuando recae sobre actos de simple administración o sobre “disposiciones comprendidas en el círculo de las operaciones designadas en el contrato social” (art. 390 C.Com), esto es, el giro ordinario u objeto social.

○ Los socios pueden servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social con tal que las emplee según su destino ordinario y sin perjuicio del uso o empleo por la sociedad y del justo uso por los otros socios (art. 2081 N° 2 a 4 C.C.).

○ En todos los casos los administradores representan judicial y extrajudicialmente a la sociedad.

- Naturaleza jurídica del vínculo que existe entre administradores y la sociedad.

Respecto a la naturaleza jurídica que reviste el vínculo entre administradores y la sociedad, se ha discutido si se trata de una relación orgánica, institucional o una más propia de un mandato. La doctrina mayoritaria, fundada en disposiciones expresas del Código Civil y del Código de Comercio, acepta la teoría del mandato para explicar la relación entre sociedad, que ocuparía la posición jurídica del mandante, y el administrador, a quien correspondería la de mandatario.

En tal sentido, para que la sociedad se entienda obligada por el acto de un administrador, se requiere que en el contrato respectivo se exprese que se está contratando por la sociedad o que las circunstancias del caso lo manifiesten de un modo inequívoco. Si existe duda, se entiende que se ha contratado personalmente (art. 2094 C.C. y 372 C.Com).

Tales son las mismas reglas que se aplican al mandato civil y mercantil (2151 C.C. y 254 a 257 C.Com).

Así, la sociedad no será responsable de los documentos, incluso suscritos con la razón social de la compañía, “cuando las obligaciones que los hubieren causado no le conciernan” y el tercero los aceptare con conocimiento de esta circunstancia (art 374 C.Com).



- La de la carga de la prueba respecto de las facultades del administrador para obligar a la sociedad.

La determinación de las facultades del administrador para obligar a la sociedad impone en el tercero que contrata con la sociedad desplegar un nivel de diligencia que incluya conocer el giro de la sociedad con que contrata o, incluso más, tener que saber si las obligaciones que hubieren causado los documentos que suscribe con la sociedad, le conciernen a la compañía.

□ Propuestas de solución.

En el contexto del diagnóstico que corresponde a esta Subcomisión, tal circunstancia amerita una revisión, al menos, en un par de aspectos.

En primer lugar, pareciera conveniente proveer a la disposición en cuestión de una mayor precisión y armonía con los demás conceptos usados por la ley para referirse a las negociaciones sobre las que debe versar el giro de la sociedad, que son habitualmente el “objeto social” o el “giro ordinario” de la sociedad.

La referencia a si una obligación concierne o no a la sociedad presenta una laxitud conceptual que puede tender a interpretaciones equívocas sobre su alcance, con el efecto, ni más ni menos, que hacer dudoso si una sociedad se encuentra sujeta al cumplimiento de una obligación o si, por el contrario, la ejecución de tal obligación corresponde sólo a su administrador.

Los efectos para el tercero en cuanto al patrimonio afecto a la satisfacción de su crédito, el estatuto aplicable a la obligación que en muchos casos diferirá y otras consideraciones, son de evidente trascendencia.

Y desde el punto de vista de la sociedad, ocurre lo mismo, en cuanto no existe claridad respecto de los límites con que debe obrar su administrador.

En la medida que, como es sabido, “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o esta” (art. 1698 C.C.), el tercero contratante que pretenda ejecutar la obligación contra la sociedad, deberá probar una cuestión que es más bien interna y propia de la sociedad pretendidamente deudora, como son las negociaciones sobre las que debe versar el giro de la sociedad o las obligaciones que la conciernan.

En vista de consideraciones de eficiencia, velocidad en el tráfico y certeza jurídica en las relaciones mercantiles de la sociedad con terceros, parecería razonable evaluar un sistema supletorio distinto del descrito, que limitara el deber de diligencia que deba satisfacer el tercero en cuanto a las facultades del administrador que representa a la sociedad en los actos o contratos que celebre en su representación.



En este sentido, cabría revisar la conveniencia a abandonar en esta materia la conceptualización de la relación entre la sociedad y sus administradores como un mandato y avanzar hacia una normativa que recoja una teoría orgánica, institucional de la administración. Ello, en términos que imponga al tercero la obligación de constatar que quien contrata por la sociedad reviste formalmente tal carácter y ha sido investido de las facultades necesarias para participar del acto o contrato de que se trate, sin imponerle la obligación de indagar respecto de lo que pueda o no considerarse parte de los negocios del giro social.

\* \* \*

Además de los temas anteriores, la Subcomisión debatió, aunque sin entrar en materia, la necesidad de adecuar y armonizar la reglamentación vigente en relación a los siguientes temas:

- La embargabilidad y posibilidad de preñar derechos sociales y su ejecución, en relación con el carácter *intuitu personae* de la sociedad.
- La actualización de las reglas de transformación de sociedades de personas y su fusión con otras sociedades de otro tipo.
- La armonización de las reglas de nulidad de la sociedad de personas, los vicios que la motivan y sus efectos, respecto de las reglas generales y la revisión en ese contexto de la ley de saneamiento.
- La necesidad de incluir normas más específicas en la regulación societaria en materia de libre competencia y de la prohibición al socio de competir con la sociedad establecida en el art. 404 N° 4 del Código de Comercio.

Asimismo, los Subcomisionados Álvaro Ortúzar Santa María y Julio Pellegrini Vial propusieron incorporar modificaciones en materia de abuso de la personalidad jurídica y corrimiento del velo corporativo, en los términos del trabajo intitulado “El reconocimiento de la persona jurídica en el desarrollo de actividades competitivas”, que se anexa al presente informe.



## 2. Sociedad en Comandita

### a) Diagnóstico general

Las sociedades en comandita son tratadas en primer término en los artículos 2061, 2062 y 2063 del Código Civil y luego en los artículos 470 y siguientes del Código de Comercio.

Su estructura general basada sobre la existencia de socios comanditarios que incorporan capital a la sociedad y de socios gestores que aportan la gestión y administración propia de la compañía permite una flexibilidad importante en cuanto a la separación de funciones y aportes propiamente tales por parte de los socios, y más particularmente aún en cuanto a la coexistencia de socios que aportan capital y socios que aportan gestión o incluso la idea propia del negocio a desarrollar, con regímenes independientes aplicables a cada uno de ellos.

Particularmente para emprendimientos estructuras como las de las sociedades en comandita permiten a los creadores del negocio en particular recaudar capital ofreciendo alternativas de inversión al mercado, invitando a terceros a incorporarse como socios comanditarios a la sociedad, pero sin necesidad de perder la gestión del negocio en la forma como lo han concebido sus creadores quienes la mantienen a través de su calidad de socios gestores.

### b) Problemas detectados

Sin perjuicio de ello, la regulación de las sociedades en comandita mantiene ciertas restricciones que muchas veces no hacen conveniente o desincentivan su utilización, como por ejemplo la responsabilidad ilimitada de los socios gestores, el hecho que las sociedades en comandita por acciones no quedarán definitivamente constituidas sino después de suscrito todo el capital y de haber entregado cada accionista al menos la cuarta parte del importe de sus acciones, que las acciones o cupones de acción no serán negociables sino después de entregadas dos quintas partes de su valor, la necesidad de establecer una junta de vigilancia, etc.

Es por ello que, sin dejar de reconocer que en ciertos negocios siguen siendo utilizadas, en primer término las sociedades en comandita simple comenzaron a ser reemplazadas en la práctica por las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades en comandita por acciones por las sociedades anónimas. Situación que se ha hecho más patente luego de la dictación de la Ley No. 20.190 que incorporó las Sociedades por Acciones la cual hoy en día permite lograr todos estos objetivos sin mayores restricciones.



#### □ Propuestas de solución

Los comisionados discutieron la posibilidad de derogar la existencia de las sociedades en comandita por cuanto, como ha sido indicado anteriormente, con ciertas excepciones, se encuentran bastante superadas en la práctica por otros tipos sociales, hoy particularmente las Sociedades por Acciones.

Sin perjuicio de ello, considerando que existen en la práctica ciertos negocios de envergadura que son estructurados sobre la base de este tipo de sociedades, y que al mismo tiempo no se consideró recomendable innovar en este tipo de legislaciones que a lo largo de los años han funcionado sin mayores inconvenientes, los comisionados proponen revisar la regulación relativa a la responsabilidad de los socios gestores, la época en que debe entenderse constituida la sociedad en comandita por acciones, y otros aspectos en los que se hace necesaria la armonización de sus normas con las aplicables a otros tipos sociales, especialmente de capital.

### 3. Sociedades por Acciones

#### a) Diagnóstico general.

La Sociedad por Acciones (SpA), creada por la Ley N° 20.190, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de junio de 2007, se encuentra regulada en el Código de Comercio, Libro I, Título VII, Párrafo 8, entre los artículos 424 y 446.

Este tipo social tiene gran autonomía en cuanto a su regulación. El artículo 424 permite al estatuto social establecer los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de administración, y en general, todo lo relativo a la organización de la sociedad. Su única limitación se encuentra en las normas prohibitivas e imperativas del referido Párrafo 8, y las normas del Código de Comercio, y en forma supletoria del Código Civil, en cuanto a los elementos esenciales del contrato de sociedad. En silencio del estatuto social le son aplicables las normas de las sociedades anónimas cerradas, siempre que no sean contrarias a su naturaleza.

Asimismo, atendida la posibilidad de constituir una SpA, desde su inicio, con un solo accionista, cabe tratarla derechamente como un acto jurídico el que puede ser unilateral o bilateral.

Analizada la normativa que rige a la SpA, consideramos que existen ciertos aspectos que debieran ser mejorados, ya sea por su insatisfactoria o inexistente regulación, o bien, porque por su aplicación práctica ha manifestado no ser adecuada.



b) Problemas detectados.

□ Explicación.

Se detectaron una serie de problemas menores en cuanto a:

- Conceptos e instituciones generales.
- Administración.
- Operación práctica y concreta del tipo social en el tráfico jurídico - negocial.

Al respecto, se hacen las proposiciones correspondientes en el siguiente acápite, indicando en cada caso el modo de abordar la problemática.

Finalmente, se indican propuestas de modificación normativa concreta, señalando en cada caso el artículo actualmente vigente a modificar y el sentido de la modificación que se propone.

□ Propuestas de solución.

- Mercantilidad de la SpA.

Establecer que la mercantilidad de la SpA emana de su forma y no de su objeto social. Para eso se propone agregar un nuevo inciso al art. 424: “La sociedad por acciones es siempre mercantil”. Junto con ello modificar el numeral 2° del art. 425 y el numeral 3° del artículo 426, por “El o los objetos;”, aclarando que la sociedad puede tener más de un objeto.

- Nombre social.

Actualmente la expresión SpA en el nombre social sólo puede figurar en la conclusión. Un comisión ha sugerido reemplazar las palabras “concluir con” por “incluir” en el numeral 2° del art. 425, para dar mayor libertad a la ubicación de la expresión SpA. Sin embargo, esta moción no tuvo mayor respaldo en el resto de la subcomisión.

- Plazo para inscribir y publicar el extracto de constitución o modificación.

Con amplio consenso de los comisionados se propone sustituir el plazo de 30 días por un plazo de 60 días, de manera de homologarlo al plazo de la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima, dado que no existe una razón de peso para tener un plazo distinto al resto de las sociedades que tienen formalidades similares.



- Referencia en el extracto al número de repertorio de la escritura pública de constitución o modificación.

Por la redacción del numeral 5° del art. 426 existe cierta confusión con respecto a si se debe o no citar el número de repertorio de la escritura pública de constitución o modificación en el respectivo extracto. Se sugiere aclarar este punto, exigiéndolo expresamente o bien, indicando claramente que solo es un requisito para los documentos protocolizados.

- Necesidad de juntas de accionistas (o emitir una resolución escrita) en caso de sociedad unipersonal.

Si la SpA tiene un solo accionista puede omitirse realizar una junta, pero debería ser requisito que el accionista se pronunciara por escrito de las materias propias de una junta ordinaria (aprobar balances, resolver sobre distribución de dividendos, etc.).

Se podría agregar un segundo inciso al art. 427 del siguiente tenor: “Existiendo un único accionista, el requisito de celebrar una junta de accionistas se reemplazará por la suscripción de éste de una escritura pública o un instrumento privado protocolizado”.

- Constancia de la transformación de pleno derecho de la SpA en sociedad anónima abierta.

La transformación de la SpA, conforme al art. 430, por el sólo ministerio de la ley en una sociedad anónima abierta, por reunir durante más de 90 días seguidos los requisitos establecidos en la Ley N° 18.046 para este tipo social, debiera ser publicitada por la administración de la sociedad, para evitar perjuicios que podrían ocasionarse a terceros por el desconocimiento de ese hecho.

Debería ser través de la consignación de dicha circunstancia en escritura pública, anotada al margen de la inscripción social dentro de los 30 días siguientes a la verificación del hecho que la motiva, o por instrumento privado protocolizado, en el que las firmas de sus otorgantes sean autorizadas por notario público, y publicarse en conformidad al art. 426.

- Limitación de responsabilidad de los accionistas.

Es necesario cambiar la enunciación de la regla sobre limitación de responsabilidad del art. 429, que establece que los accionistas sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes en la sociedad, aclarando los efectos de la limitación de responsabilidad. Por ejemplo, ¿hay acción oblicua de terceros para requerir el pago de acciones si la SpA o sus socios no lo han exigido? Este es un problema común con otros





tipos sociales por lo que podría tratarse en los principios generales para sociedades con limitación de responsabilidad, cuando no sean sociedades anónimas abiertas.

- Designación de gerente general.

En el art. 431 se menciona por única vez al gerente general como responsable solidario con los administradores de los perjuicios que en su caso ocasione el registro regulado en esa disposición. Esto se ha prestado para confusión: se ha interpretado que es obligatorio designar al gerente como una persona distinta de la o las personas que ejercen la administración.

Se sugiere agregar un nuevo inciso al referido artículo: “Los administradores podrán, si así lo decidieran, designar a uno o más gerentes, fijando sus atribuciones y deberes, pudiendo sustituirlo a su arbitrio. Al gerente o gerente general corresponderá la representación judicial de la sociedad, estando legalmente investido de las facultades establecidas en ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil”. Con esta modificación se pretende establecer que no es legalmente necesario nombrar un gerente, sino facultativo, y que es una función distinta a la que corresponde a los administradores que lo designan.

- Individualización de los accionistas.

Cuando la SpA es constituida en instrumento privado, con firmas autorizadas y protocolizado, no existe obligación de incluir la información requerida o que es costumbre en una escritura pública (nombre completo, nacionalidad, estado civil, profesión u oficio, cédula de identidad y domicilio). Sin embargo, el art. 431 exige incluir en el registro de accionistas el nombre, domicilio y cédula de identidad o RUT de cada uno de los accionistas, por lo que sugerimos incluir la exigencia de individualización de los accionistas, con al menos estos datos, no obstante su constitución sea por instrumento privado.

- Aumento de capital acordado por la administración.

Debería limitarse o regularse mejor la facultad que otorga el art. 434 inciso segundo a la administración para aumentar el capital de la SpA, ya que es contradictoria a lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo, que establece que el capital de la sociedad debe ser fijado de manera precisa en el estatuto social. La posibilidad de que la administración de la sociedad acuerde un aumento de capital puede ser contraria a la certeza del capital social. También existen dudas de si la modificación del capital importa necesariamente una modificación de estatutos (que deben ser aprobada por la junta de accionistas, y cumplir con las formalidades correspondientes).





Proponemos que la administración sólo esté facultada para aumentar el capital dentro de los límites establecidos en los estatutos sociales, límites que pueden ser modificados por la junta de accionistas, pero en cuanto el capital establecido por la administración esté dentro de esos límites, no signifique una modificación de estatutos (y en consecuencia, no sean necesarias las formalidades propias de una modificación). En todo caso, el aumento de capital por la administración dentro de los límites del estatuto, debería cumplir alguna medida de publicidad (por ejemplo, que conste por escritura pública anotada al margen de la inscripción de la sociedad en el Registro de Comercio).

Alternativamente, se podría establecer expresamente que la administración puede modificar los estatutos solo en relación al capital cuando así fuera autorizado por los mismos estatutos, debiendo consignar el aumento en una escritura pública o instrumento privado protocolizado, en el que las firmas de los otorgantes sean autorizadas por notario público, y cuyo extracto sea inscrito en el Registro de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad y publicado por una sola vez en el Diario Oficial dentro del plazo establecido en el Art. 426.

- Exigencia de vender las acciones.

El inciso segundo del art. 435 otorga la posibilidad de establecer en los estatutos que, bajo determinadas circunstancias, se pueda exigir la venta de las acciones a todo o parte de los accionistas, sea a favor de otro accionista, de la sociedad o de terceros. La ley debería establecer ciertas condiciones mínimas a cumplirse en dichas ventas. Asimismo, sería aconsejable que se regulara en mayor detalle el procedimiento y efectos de dichas ventas forzosas (por ejemplo, la posibilidad de la sociedad de anotar el traspaso de las acciones a nombre del comprador sin necesidad de consentimiento del vendedor, en la medida que el precio de compraventa hubiese sido puesto a disposición del vendedor).

- Vigencia de las acciones preferentes.

Se recomienda agregar al final del art. 436 la frase “y su vigencia podrá ser indefinida”. Con esto se establece indirectamente que es un requisito que se establezca en el estatuto cuál es la vigencia de las acciones preferentes, sin perjuicio de que puede ser indefinida si así se expresa.

- Disminución de capital.

Según el art. 440, en silencio del estatuto, el acuerdo de reducción de capital debe ser acordado con el voto conforme de la unanimidad de los accionistas. Se estima que exigir la unanimidad, en caso que no se diga nada en los estatutos, corresponde a un quórum muy elevado comparado con las sociedades anónimas que se exige dos tercios de las acciones



emitidas con derecho a voto. La unanimidad de las acciones debería exigirse únicamente en los casos en que el reparto en caso de disminución de capital no se hiciera de forma proporcional o a prorrata entre todos los accionistas, sino afectando o beneficiando a algunos y no a otros, o bien en proporciones diferentes.

En relación con las medidas de publicidad de la disminución de capital, se recomienda aclarar que es posible incluir en los estatutos que no aplicará la norma de las Sociedades Anónimas que exige publicar un aviso de disminución de capital antes de proceder al reparto de capital, para que no haya discusión con respecto a si esta norma es de orden público.

- Derecho a retiro de las acciones preferidas.

Se propone reemplazar el numeral 2 del art. 442 por el siguiente: “2.- Ejercer el derecho a retiro respecto de las acciones preferidas a partir de la fecha en que se declare por la administración la imposibilidad de distribuir el dividendo. Si el estatuto no señalare otra cosa, el precio a pagar será el valor de rescate indicado en éste, si lo hubiere, o en su defecto el valor libros de la acción a la fecha de ejercer el derecho”.

De este modo se establece que la declaración sobre la imposibilidad de distribuir el dividendo corresponde a la administración, salvando la omisión actual de la norma que no precisa quién la formula. También se propone eliminar que el pago del derecho a retiro comprenda en su monto la suma de los dividendos adeudados, en circunstancia de que su pago fue declarado imposible.

- Distinción de “Línea de Negocios”.

El art. 443 permite distribuir dividendos que estén vinculados a determinados activos o líneas de negocios. Sin embargo, desde un punto de vista práctico es de difícil materialización (se ha solucionado estableciendo distintas filiales -que harían las veces de líneas de negocios- vinculando el dividendo a los dividendos que generan estas filiales).

Sugerimos regular de mejor manera esta posibilidad, para que tenga mayor aplicación práctica y certeza jurídica.

- Declaración de ingreso de nuevo accionista que no sea por cesión de acciones.

Se propone agregar un segundo inciso al art. 446, del siguiente tenor: “Asimismo la persona que por cualquier causa distinta de una cesión de acciones ingrese como nuevo accionista deberá suscribir igual declaración en un documento que se archivará en la sociedad. La falta de esta declaración no invalidará el ingreso de esa persona como accionista, pero hará



responsable a la sociedad de los perjuicios que esa omisión ocasione”. De este modo se extiende la norma protectora del art. 446 a todos aquellos casos en que una persona ingresa como nuevo accionista a la SpA por causa distinta a la cesión de acciones, señalando que la omisión de la declaración requerida, hace responsable a la sociedad de los perjuicios que esta pueda ocasionar.

- Acciones de Industria.

No es claro que en la SpA esté prohibida la creación de acciones de industria u organización, esto es, aquéllas con las que se retribuye el aporte industrial o la labor de los organizadores de la sociedad.

Por un lado, atendiendo que la regulación supletoria es la Ley de Sociedades Anónimas, podría afirmarse que no están admitidas. En esta línea se sugiere establecer en forma expresa esta prohibición.

Por otro, hay quienes creen que se pueden contemplar en los estatutos, quedando la situación por entero entregada a la reglamentación estatutaria. Si es así, se hace necesario que la ley contemple ciertas reglas básicas en resguardo de los derechos de los otros accionistas y de los acreedores sociales, como por ejemplo, establecer que dichos títulos sólo otorguen derecho a participar en los beneficios sociales y en ningún caso a la distribución del activo social, a la época de liquidación de la misma. También podrían establecerse restricciones para la cesión de dichos títulos.

- Régimen de responsabilidad de la Administración.

En una SpA con un directorio, las reglas de responsabilidad están establecidas claramente, puesto que se aplican las mismas reglas que a los directores de una sociedad anónima. Sin embargo, cuando hay una administración distinta (con administradores, por ejemplo), no es clara la regla de responsabilidad aplicable al administrador, aun cuando la Ley de Sociedades Anónimas se aplica en forma supletoria. Se sugiere establecer expresamente el régimen de responsabilidad aplicable.

- Propuestas de cambio normativo

A continuación, se presentan algunas propuestas de modificación legal en materia de Sociedad por Acciones, las que fueron presentadas ante la Subcomisión de Sociedades y que fueron incorporadas al informe elaborado por dicha instancia en calidad de Anexo.



En *infra* se detalla el contexto de las modificaciones indicadas y el sentido de las mismas.

<p><i>Art. 424:</i> Agregar un nuevo inciso: “La sociedad por acciones es siempre mercantil”.</p>
<p><i>Art. 425:</i> - En el N. 1 reemplazar las palabras “concluir con” por “incluir”. - En el N. 2 reemplazar su texto por: “El o los objetos”</p>
<p><i>Art. 426:</i> - Reemplazar las palabras “Dentro del plazo de un mes” por “Dentro del plazo de treinta días”. - En el N. 3 reemplazar su texto por “El o los objetos”.</p>
<p><i>Art. 427:</i> Agregar un segundo nuevo inciso del siguiente tenor: “Existiendo un único accionista, el requisito de celebrar una junta de accionistas se reemplazará por la suscripción por éste de una escritura pública o un instrumento privado protocolizado”.</p>
<p><i>Art. 430:</i> Agregar como segundo párrafo lo siguiente: “El o las personas que ejerzan la administración de la sociedad deberá dejar constancia de la transformación por escritura pública anotada al margen de la inscripción social, dentro de los 30 días siguientes a la verificación del hecho que la motiva.”</p>
<p><i>Art. 431:</i> - En el tercer inciso eliminar las palabras “y el gerente general”. - Agregar un nuevo inciso final: “Los administradores podrán designar a uno o más gerentes, fijando sus atribuciones y deberes, pudiendo sustituirlo a su arbitrio. Al gerente o gerente general corresponderá la representación judicial de la sociedad, estando legalmente investido de las facultades establecidas en ambos incisos del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil.”</p>
<p><i>Art. 434:</i> Agregar un nuevo tercer inciso del siguiente tenor: “Si en la forma establecida en el estatuto, la o las personas encargadas de la administración ejercen la facultad estatutaria de aumentar el capital, para estos efectos se deberá suscribir por aquéllas una escritura</p>



pública o un instrumento privado protocolizado en que conste tal decisión. Un extracto del respectivo documento, deberá ser inscrito y publicado en la misma forma establecida en el artículo 426”.

*Art. 436:* Agregar en el primer párrafo después de la palabra “acciones”, reemplazando el punto (.), por coma (,) “y su vigencia que podrá ser indefinida”.

*Art. 442:* Reemplazar el numeral 2 por el siguiente: “2.- Ejercer el derecho a retiro respecto de las acciones preferidas a partir de la fecha en que se declare por la administración la imposibilidad de distribuir el dividendo. Si el estatuto no señalare otra cosa, el precio a pagar será el valor de rescate indicado en éste, si lo hubiere, o en su defecto el valor libros de la acción a la fecha de ejercer el derecho”.

*Art. 446:* Agregar un segundo inciso del siguiente tenor: “Asimismo la persona que por cualquier causa distinta de una cesión de acciones ingrese como nuevo accionista deberá suscribir igual declaración en un documento que se archivará en la sociedad. La falta de esta declaración no invalidará el ingreso de esa persona como accionista, pero hará responsable a la sociedad de los perjuicios que esa omisión ocasione”.



#### 4. Sociedad Anónima<sup>7</sup>

##### a) Diagnóstico general

Atendidas las recientes actualizaciones de que ha sido objeto la legislación sobre sociedades anónimas, no se advierten temas demasiado sustantivos en los que se requieran modernizaciones normativas. Sin embargo, se detecta la conveniencia de abordar ciertos temas en el sentido de que la legislación se pronuncie expresamente sobre diversos temas que inciden en la determinación de la actuación de los directores, la naturaleza jurídica de su responsabilidad, el estándar de cuidado del que responden legalmente, y la aplicación de la regla del juicio de los negocios al momento de determinar la responsabilidad de los directores.

##### b) Problemas detectados

###### i. La conveniencia de precisar el concepto de “interés social”.

###### □ Explicación

En la doctrina comparada se ha debatido largo tiempo en torno al contenido del llamado “interés social”, tanto así que se ha dicho -con razón- que el estudio retrospectivo de las distintas teorías formuladas en este ámbito constituye el reflejo de la constante polémica que desde el siglo XX se ha suscitado respecto de las características cualitativas del derecho societario.

Recordemos que en torno al concepto de “interés social” se han postulado básicamente dos grandes teorías: las doctrinas "institucionalistas" y las doctrinas "contractualistas".

Conforme a las teorías institucionalistas, el examen de la evolución histórica de la sociedad anónima determina el que ésta se ha constituido en el núcleo en torno al cual giran variados y múltiples intereses, entre los cuales el de los accionistas es sólo uno de varios. En este nuevo modelo, la compañía pasa a cumplir una función pública al interior de la organización global de la economía, erigiéndose en el principal vehículo que permite desarrollar la actividad productiva del país. Frente a tal panorama, se concluye que la estructura tradicional de las sociedades, y con ello la trascendencia que cabe asignar a los

---

<sup>7</sup> Acápite desarrollado en base a las aportaciones verbales y escritas formuladas por el profesor Enrique Alcalde Rodríguez, en su calidad de experto invitado a la Subcomisión.



accionistas en cuanto propietarios y reguladores de sus propios intereses, puede, en el extremo, traducirse en un real obstáculo para desempeñar las funciones públicas que le competen a la sociedad anónima en cuanto instrumento al servicio de la organización económica.

La concepción contractualista, en cambio, excluye la configuración de un interés social superior y diverso del interés de los socios. Partiendo de la causa del contrato de sociedad, y haciéndose hincapié en la distinción entre los intereses sociales y los intereses extra sociales de sus participantes, el concepto de interés social ha sido sintetizado como el interés común de los socios en su calidad de tales.

El interés social es así la tendencia a la realización del fin último de la sociedad, y que como tal es común a todos los socios y que no es otro que mediante la actividad social se maximicen las utilidades y se disminuya el riesgo de pérdidas.

En la misma línea de las corrientes institucionalistas, se plantea hoy día una doctrina que recoge y actualiza la idea pluralista del interés social con el nombre de teoría del stakeholder value (“teoría de la creación del valor compartido”). Conforme a esta corriente, la principal responsabilidad de la sociedad es crear el mayor valor posible para todos los grupos de interés afectados por la actividad empresarial, esto es, para todas las partes implicadas en la empresa.

Independientemente de estimar nosotros que esta teoría no tiene cabida en nuestra legislación positiva, y adicionalmente a lo confuso que nos puedan parecer sus postulados para efectos de extraer las trascendentes consecuencias jurídico-prácticas derivadas de la noción de “interés social”, cabe llamar la atención acerca del riesgo que a nuestro juicio conlleva la misma al dotar a los administradores de la sociedad anónima - con eventual menoscabo de los intereses de sus dueños - de una autonomía que, a la postre, puede ser nociva para el desarrollo de esta relevante figura societaria. Piénsese, por ejemplo, qué puede ocurrir a partir de esta nueva concepción del “interés social” si se lo vincula, por ejemplo, con los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores societarios. Su conjunción podría determinar que tales deberes dejen de cumplir el rol que han tenido hasta ahora, en cuanto medio de protección de los intereses de los propios accionistas, para convertirse en un instrumento que ampare - incluso postergando a los socios - los intereses de trabajadores, consumidores, proveedores, comunidad local y Estado, con total independencia de lo que respecto de estos últimos disponga la normativa que les resulte directa y particularmente aplicable. Por ello, parece preferible que estos otros “intereses” sean tutelados mediante el régimen sectorial pertinente (derecho laboral, tributario, medioambiental, legislación de protección al consumidor, etc.), sin subvertir las nociones y principios esenciales del derecho societario.





Por otro lado, adoptar una noción como la aquí criticada, introduce consecuencias imprevisibles respecto de la certidumbre que es necesaria a los directores a fin de gestionar una compañía, dada la imposibilidad, entre otros factores, de identificar un “acreedor” claro y definido a quien rendir cuentas por su administración.

□ Propuesta de solución

Tal como se expresó precedentemente, que se recoja expresamente en el texto de la Ley de Sociedades Anónimas que el “interés social” es el interés que tienen los accionistas de “repartir entre sí los beneficios” que provengan del desarrollo del giro social. Los restantes “intereses” que puedan existir, se encuentran ya debidamente tutelados por la legislación sectorial pertinente (derecho laboral, tributario, medioambiental, legislación de protección al consumidor, etc.), por lo que no se requiere subvertir las nociones y principios esenciales del derecho societario.

- ii. La conveniencia de precisar la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los directores (responsabilidad extracontractual y subjetiva).

□ Explicación

Siguiendo al profesor Enrique Alcalde, creemos que la responsabilidad de los directores reviste naturaleza “extracontractual”, tanto en los casos en los que la actividad empresarial imputable al director cause un perjuicio a un tercero que no esté previamente vinculado a la sociedad por una relación jurídica, así como en los casos en que la intromisión lesiva se produce en las relaciones jurídicas con los accionistas y la propia sociedad. Y es que, a nuestro juicio, atendido, por una parte, el que las obligaciones que pesan sobre los directores tienen su origen en normas jurídicas y, por la otra, que el régimen común de responsabilidad en nuestro derecho se identifica con el estatuto de la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, serán estas las reglas que deben aplicarse en lo que mira a las relaciones entre directores y la propia sociedad.

Un segundo aspecto relevante consiste en determinar si la responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima tiene un carácter objetivo o, por el contrario, si se rige por los presupuestos de la responsabilidad subjetiva.

A primera vista podría pensarse que tal pregunta resulta extravagante, porque si se acepta que la regla general en nuestro derecho viene constituida por la llamada responsabilidad subjetiva, la ausencia de una norma legal explícita que en nuestro tema modifique el criterio debiera llevar, necesariamente, a concluir que la responsabilidad de los directores





no constituye una excepción a dicha regla. Con todo, creemos pertinente la interrogante, habida cuenta del hecho de que la mayoría de las obligaciones y deberes específicos que alcanzan a los administradores –y cuya infracción es susceptible de generar responsabilidad– han sido establecidos mediante normas, ya sea emanadas del propio legislador o bien de las autoridades administrativas competentes, v. gr., Superintendencia de Valores y Seguros (SVS). Por lo mismo, pensamos que la consideración que ha formulado cierta doctrina a propósito de la denominada culpa infraccional justifica plenamente exponer la pregunta que nos planteamos.

En el sentido que se comenta, algunos (v. gr., Enrique Barros) postulan que a diferencia de lo que ocurre en materia penal, la culpa civil puramente infraccional no requiere ser completada con una imputación subjetiva del ilícito. Otros –es el caso, por ejemplo, de Hernán Corral– expresan que en el evento que el juicio de reproche civil derive de una infracción a las normas o estatutos por parte de la misma sociedad, la responsabilidad que también gravará en este caso a los administradores tiene carácter objetivo, ya que no es necesario probar culpa o dolo; agregando que la única excusa liberatoria que es admisible a los directores es que conste su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de la infracción.

Frente a los criterios recién esbozados, estimamos indubitado el hecho de que la responsabilidad de los directores no escapa del régimen general de nuestro ordenamiento jurídico, conforme al cual se requiere un factor de imputación subjetivo, constituido por la culpa o el dolo, a fin de hacerla efectiva. Nada advertimos en la ley que permita concluir lo contrario, máxime si esta alude expresamente al grado de diligencia que cabe exigir a los directores en el cumplimiento de su cargo, imponiéndoles responsabilidad si aquel no es observado, sin distinguir en forma alguna si las obligaciones infringidas tienen o no su origen en un deber tipificado como tal en una norma legal. Confirma lo anterior, la circunstancia de que la propia ley establezca, y de manera expresa, determinadas presunciones de culpa, las que poco o ningún sentido tendrían si, en definitiva, el factor de atribución subjetivo no constituyera presupuesto de la responsabilidad de un director.

□ Propuesta de solución.

Que la propia ley establezca de manera expresa que la responsabilidad de los directores requiere de un orden de imputación subjetiva.



iii. La conveniencia de precisar el estándar de cuidado exigible a un director.

□ Explicación

En lo que dice relación con nuestro propio ordenamiento jurídico, no existe un criterio uniforme a la hora de determinar cuál es el grado o nivel de cuidado o diligencia exigible a los directores. Así, por ejemplo, algunos apuntan que los artículos 41 y 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, consagran regulaciones diversas, por lo que establecer el ámbito de cada una de estas reglas es decisivo, aun cuando, según se advierte, no existe acuerdo en doctrina acerca de cuál de estas dos normas tiene carácter general frente a la otra.

Conforme a esta opinión, el artículo 41 inciso primero, ubicado en el título IV, de la Administración de la Sociedad, establece el estándar de diligencia al que se encuentran sometidos los directores –culpa leve– y les impone solidaridad “por los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas y culpables”. De este modo, dicho precepto regularía las que podemos llamar “relaciones internas” de la sociedad y, por tanto, solo sería aplicable a las relaciones entre los directores y la sociedad o accionistas.

El artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, por su parte, ubicado en el título XIV, de las responsabilidades y las sanciones, impone responsabilidad “por infracción de normas legales y reglamentarias”, sin exigir de forma explícita un estándar de diligencia, y estableciendo, en concepto de esta posición, un régimen de responsabilidad por culpa presunta.

A nuestro juicio, trátase en ambas disposiciones del mismo estándar de diligencia, constituido por “aquel cuidado que los hombres ordinariamente emplean en sus negocios propios” y que, por lo mismo, hace responsables a los directores hasta de la culpa leve.

En efecto, no es posible inferir que el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, a diferencia de lo que ocurriría con su artículo 41, establezca un régimen de “culpa presunta”. Y no lo estimamos así dado que de ser ese el caso, carecerían por completo de sentido aquellas disposiciones que la misma ley contempla a efectos de presumir la culpa de un director; v. gr., artículos 44 y 45.

Asimismo, no estimamos acertada la opinión antes expuesta en cuanto reduce el ámbito de aplicación del artículo 41 a las “relaciones internas” de la sociedad, entendiendo por tales las existentes entre los directores y la sociedad o accionistas. Ello por cuanto el artículo 133 también –y de manera expresa– confiere la titularidad de la acción de perjuicios a los accionistas y no solo a los terceros.



Propuestas de solución

Modificar la legislación de manera de establecer en forma expresa y clara que los directores son responsables hasta de la culpa leve, salvo que la propia ley disponga otro estándar de cuidado para un caso particular.

iv. Conveniencia de consagrar explícitamente la “regla sobre el juicio de negocios” (business judgment rule)

Explicación

A nadie escapará el hecho de que, en muchas ocasiones, las decisiones de los administradores revisten una considerable complejidad, siendo adoptadas por éstos en situación de riesgo y frecuentemente disponiendo de un escaso margen de tiempo para poder decidir. Se suma a ello, el hecho de que los jueces, en general, carecen de los conocimientos teóricos y experiencia práctica sobre la gestión empresarial. De ahí que la posibilidad de reconstruir a posteriori lo ocurrido presenta considerables dificultades, atendidas las numerosas variables que es preciso considerar.

Se agrega a lo dicho, el que la obligación que asumen los administradores al aceptar el cargo no es la de asegurar el éxito económico de la empresa, pues ello les convertiría en responsables de los acontecimientos perjudiciales que exceden la diligencia exigible, sino la de desempeñar sus funciones cumpliendo los deberes impuestos por las leyes y los estatutos en procura de satisfacer el interés social. Y para ello, a diferencia de lo que acontece con otro tipo de actividades, no existe propiamente una *lex artis* a la cual los tribunales puedan recurrir para valorar en concreto si un director, al adoptar determinada decisión, en el contexto de riesgo mercantil que rodea a la empresa, se adecuó o no al modelo de conducta que le impone la ley.

Por lo mismo, el juicio de diligencia no puede realizarse sobre el resultado de la decisión o actuación, sino sobre la oportunidad o razonabilidad de su adopción en ese momento determinado, y ello aun cuando el resultado haya sido desastroso. Sucede que, en definitiva, debe distinguirse el riesgo de empresa de lo que es el riesgo de una gestión negligente, siendo solo imputable a los administradores el daño derivado del segundo.

Es por ello que la apreciación de la culpa imputable al administrador societario no depende, necesariamente y en último término, de si el resultado de su acción se tradujo o no en un concreto y específico beneficio o utilidad social. En otras palabras, el parámetro, tasa o medida indispensable para determinar si el director se ajustó o no a la diligencia que le es exigible no tiene que ver con el resultado práctico que se derive de su gestión, sino que más



bien si aquella se ordenaba, en una relación de medio a fin, como instrumento adecuado para la consecución del interés social.

A partir de todo lo dicho, se ha entendido que no infringe su deber de cuidado y, por ende, no incurre en responsabilidad, el director que empleando la diligencia que le es exigible, adopta una decisión que causa un daño o perjuicio a la sociedad. En otras palabras, la obligación del director, en lo que dice relación con el cumplimiento de su deber de cuidado, viene a subsumirse en aquello que la doctrina denomina “obligación de medios” por oposición a las llamadas “obligaciones de resultado”.

La circunstancia de que el deber de cuidado constituya un estándar abierto cuya valoración, en concreto, deba hacerse ex post por los jueces, ha determinado, en el derecho estadounidense, la elaboración por sus tribunales de la denominada business judgment rule y que, por nuestra parte, llamamos “Regla sobre el Juicio de Negocios”. La consagración dogmática de la regla resulta de particular relevancia en nuestro medio jurídico desde el momento que la Superintendencia de Valores y Seguros ha reconocido, en términos explícitos y directos, su aplicabilidad en el ordenamiento nacional desde el ingreso de nuestro país a la OCDE.

#### Propuesta de solución.

En los dos últimos temas aquí tratados, más que una solución de regulación positiva, la subcomisión estima conveniente que estas materias sean tratadas en la Comisión, a fin de evaluar una eventual propuesta legislativa en armonía con los principios generales de la propuesta de codificación que resulte del análisis en conjunto de los informes de todas las subcomisiones.

#### v. Otros temas propuestos.

Finalmente, se incorporan al presente informe los trabajos preparados y presentados por los profesores Guillermo Caballero Germain y Jorge Ugarte Vial, intitulados, respectivamente, “La Ley de Sociedades Anónimas y las “modificaciones estructurales”: un tema pendiente”, y “Exposición sobre Pactos de Accionistas ante la Comisión de actualización del Código de Comercio”.

Ambos trabajos fueron de conocimiento de la Subcomisión, y sus integrantes comparten las conclusiones y propuestas legislativas que en ellos se presentan, incorporándose estos documentos como anexos al presente informe y siendo, además, parte del contenido del mismo.



## 5. Modificación de la regulación societaria a la luz de los recientes cambios legislativos en materia de Libre Competencia.

### a) Diagnóstico general

Las últimas modificaciones a la regulación en materia de libre competencia contemplan una serie de instituciones y figuras jurídicas que inciden directamente en materia societaria. Dichas novedades legislativas redundan, entre otros, en profundos cambios a la administración de las sociedades. Es por lo mismo que resulta altamente recomendable que estas novedades legislativas sean incluidas en una eventual modificación al Código de Comercio.

### b) Problemas detectados

*Nuevas figuras jurídicas en materia de libre competencia no encuentran cabida en el texto actual del Código de Comercio.*

#### Explicación

La ley N°20.945 que “Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia” modificó el texto del Decreto Ley N°211 (“D.L. 211”), introduciendo una serie de cambios a la normativa que reguló el sector por más de 40 años. Sin duda, estas modificaciones son sumamente positivas y responden a una necesidad de adecuar la regulación en materia societaria, atendiendo a lo que ha sido la experiencia comparada.

En ese contexto, son destacables las siguientes figuras jurídicas y modificaciones introducidas por la nueva legislación: (i) la regulación de las participaciones cruzadas entre ejecutivos relevantes o de directores en dos o más empresas competidoras entre sí, conocida también como *interlocking*; (ii) la obligación de información y, eventualmente, la intervención de la autoridad en los términos en que se materialice la adquisición de un porcentaje relevante del capital de una empresa por una competidora; (iii) la obligación de notificar a la Fiscalía Nacional Económica determinadas operaciones de concentración; y, (iv) nuevas sanciones para la colusión.



En concreto:

1. La nueva letra d) del artículo 3° del texto modificado del D.L. 211 considera como un *hecho, acto o convención que impide, restringe o entorpece la libre competencia o que tiende a producir dichos efectos* la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre y cuando el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro por más de 100.000 unidades de fomento en el último año calendario.

2. Por su parte, el nuevo artículo 4 bis del referido D.L. regula la adquisición, por parte de una empresa o integrante de su grupo empresarial, de participación directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora. Dicha adquisición deberá ser notificada a la Fiscalía Nacional Económica dentro de un determinado plazo contado desde su perfeccionamiento.

3. Será obligación notificar a la Fiscalía Nacional Económica las operaciones de concentración que en las cuales se verifiquen dos condiciones copulativas. A saber: (i) que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores a un 1.800.000 unidades de fomento; y, (ii) que, en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, por montos iguales o superiores a 290.000 unidades de fomento.

4. En materia de colusión, el nuevo artículo 62 del nuevo texto del D.L. 211 sanciona a quienes hayan celebrado u ordenado celebrar, ejecutado u organizado un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados, o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, con la inhabilitación por 10 años para ser director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales.

Propuesta de solución

Se recomienda incorporar al articulado del Código de Comercio, según el orden y de conformidad a lo que determine la Comisión, todas aquellas modificaciones anteriormente indicadas que inciden en materias societarias. Particularmente resulta conveniente analizar la responsabilidad de administradores y directores a la luz de estas nuevas exigencias regulatorias, cuya infracción puede afectar el desarrollo del giro social y eventualmente el patrimonio de la sociedad.



## VI. DOCUMENTOS E INFORMES DE LA COMISIÓN

En el marco del trabajo de la Subcomisión, comisionados y expertos invitados elaboraron o aportaron, según sea el caso, documentos de su autoría en los cuales se vierten sus diagnósticos, análisis, propuestas y conclusiones en relación a los temas tratados en esta instancia.

Estos documentos fueron enviados oportunamente a los comisionados, quienes, en vista de su atenta lectura y la exposición de sus autores, comparten y respaldan en todas sus partes. En este sentido, hacemos presente que conforman además el contenido de este informe los siguientes trabajos e informes elaborados por los autores que se indican en cada caso:

1. Ortúzar, Álvaro et al. “El reconocimiento de la persona jurídica en el desarrollo de actividades competitivas”.
2. Minuta de Fundamentos de Proyecto de Ley Boletín N° 7426-26, preparada por el Sr. José Miguel Flores Acuña.
3. Caballero Germain, Guillermo. “La Ley de Sociedades Anónimas y las “modificaciones estructurales”, un tema pendiente”.
4. Lagos Villarreal, Osvaldo. “La distribución de poderes en las sociedades anónimas”.
5. Pardow, Diego et al. “¿Por qué no demandan los accionistas? El problema de las costas en la acción derivativa”.
6. Eyzaguirre Court, Cristián et al. “Las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas”.
7. Ugarte Vial, Jorge. “Exposición sobre Pactos de Accionistas ante la Comisión de actualización del Código de Comercio”.

Adicionalmente, y como parte del estudio de los temas tratados en la Subcomisión, se tuvieron a la vista como antecedentes los siguientes documentos relativos a sociedades anónimas y que, esta comisión, tuvo a la vista al momento de elaborar los diagnósticos y conclusiones que se vierten en este informe en referencia al tema indicado. Estos documentos son:

1. Proyecto de Ley, que modifica la Ley 19.857, sobre empresas individuales de responsabilidad limitada, para fomentar el emprendimiento. Boletín N° 7426-26
2. Oficio N° 9594, de fecha 21 de julio del 2011, enviado al Senado, que modifica texto original de Proyecto de Ley Boletín N° 7426-26.

\* \* \* \* \*