



Universidad de los Andes  
Facultad de Derecho

# Las empresas individuales de responsabilidad limitada

---

NUEVO RÉGIMEN LEGAL DE  
ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

JUAN IGNACIO LAGOS CONTARDO

ARTURO PRADO PUGA

JOSÉ IGNACIO DÍAZ VILLALOBOS

RONY JARA AMIGO

ALVARO VIDAL OLIVARES

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

RAFAEL GÓMEZ BALMACEDA

GUILLERMO ACUÑA SBOCCIA

JUAN EDGARDO GOLDENBERG PEÑAFIEL

---

Hernán Corral Talciani  
José Ignacio Díaz Villalobos

EDITORES



2004

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 8



Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

# Las empresas individuales de responsabilidad limitada

---

**NUEVO RÉGIMEN LEGAL  
DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL**

**Juan Ignacio Lagos Contardo**

**Arturo Prado Puga**

**José Ignacio Díaz Villalobos**

**Rony Jara Amigo**

**Álvaro Vidal Olivares**

**María Sara Rodríguez Pinto**

**Jorge Baraona González**

**Rafael Gómez Balmaceda**

**Guillermo Acuña Sboccia**

**Juan Edgardo Goldenberg Peñafiel**

---

**Hernán Corral Talciani  
José Ignacio Díaz Villalobos**

**EDITORES**

Cuadernos de Extensión Jurídica 8 (2004)  
Las empresas individuales de responsabilidad limitada

CIP - Universidad de los Andes

Las empresas individuales de responsabilidad limitada: nuevo régimen legal de organización empresarial / Juan Ignacio Lagos Contardo... [et al.]; Hernán Corral Talciani, José Ignacio Díaz Villalobos, editores.

p. — (Cuadernos de extensión jurídica ; 8)  
Incluye notas bibliográficas.

1.- Sociedades de Responsabilidad Limitada – Aspectos Jurídicos – Chile.  
2.- Chile. Ley No. 19.857. I.-Lagos Contardo, José Ignacio. II.-Corral Talciani, Hernán Felipe, ed. III.- Díaz Villalobos, José Ignacio, ed. IV.- s.

CDD 21

346.83066

2004-06-23

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Hernán Corral Talciani

Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio Piña Rochefort, Jorge Baraona González, José Ignacio Martínez Estay, Enrique Brahm García.

Secretarios de redacción: Marcelo Nasser Olea, Loretto Venegas Franzolini.

ISSN: 0717-6449

ISBN: 956-7160-27-9

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 140.424

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual.

© 2004 Universidad de los Andes

Diseño: Carolina Varela

Impresores: Imprenta Salesianos S.A.

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

## AUTORES

---

**JUAN IGNACIO LAGOS CONTARDO**  
*Profesor Derecho Económico*  
*Universidad de los Andes*

**ARTURO PRADO PUGA**  
*Doctor en Derecho por la*  
*Universidad de Navarra (España)*  
*Profesor de Derecho Comercial*  
*Universidad de Chile*

**JOSÉ IGNACIO DÍAZ VILLALOBOS**  
*Magíster en Derecho por la*  
*Universidad de Duke (EE.UU.)*  
*Profesor de Derecho Comercial*  
*Universidad de los Andes*

**RONY JARA AMIGO**  
*Magister en Derecho por la*  
*Universidad de Duke (EE.UU.)*  
*Profesor de Derecho Comercial*  
*Universidad de los Andes*

**ÁLVARO VIDAL OLIVARES**  
*Doctor en Derecho por la*  
*Universidad Autónoma de Madrid (España)*  
*Profesor de Derecho Civil*  
*Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

**MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO**  
*Magíster en Derecho por la*  
*Universidad de Northwestern (EE.UU.)*  
*Profesora de Derecho Civil*  
*Universidad de los Andes*

**JORGE BARAONA GONZÁLEZ**  
*Doctor en Derecho por la*  
*Universidad de Navarra (España)*  
*Profesor de Derecho Civil*  
*Universidad de los Andes*

**RAFAEL GÓMEZ BALMACEDA**  
*Profesor de Derecho Comercial*  
*Universidad de Chile y*  
*Universidad del Desarrollo*  
*Director del Departamento de Derecho*  
*Comercial de la Universidad de Chile*

**GUILLERMO ACUÑA SBOCCIA**  
*Magíster en Derecho por la*  
*Universidad de Southhampton (Reino Unido)*  
*Profesor de Derecho Civil*  
*Universidad de los Andes*

**JUAN EDGARDO GOLDENBERG PEÑAFIEL**  
*Profesor de Derecho Tributario*  
*Universidad de los Andes*

PRESENTACIÓN ..... 13

UNA MIRADA GENERAL AL RÉGIMEN  
DE EMPRESAS INDIVIDUALES DE  
RESPONSABILIDAD LIMITADA.  
ANÁLISIS LEGAL Y ECONÓMICO.

*Juan Ignacio Lagos Contardo*

I. Introducción ..... 17

II. Las sociedades en nuestro  
ordenamiento jurídico ..... 20

III. Concepto de las empresas individuales.  
¿Qué son las empresas individuales? ..... 21

IV. ¿Quiénes pueden constituir una  
empresa individual? ..... 22

V. ¿Pueden organizarse empresas individuales  
como personas jurídicas de derecho  
civil o comercial? ..... 24

VI. Formalidades de la constitución de  
las empresas individuales ..... 25

VII. Responsabilidad de la persona natural que  
constituye una empresa individual ..... 26

VIII. Responsabilidad de la empresa individual .. 27

IX. ¿De quién son las utilidades líquidas  
retiradas de una empresa individual,  
del titular o de la empresa? ¿Cuándo se  
entienden retiradas? ..... 28

X. Conclusiones ..... 28

LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD  
LIMITADA: DELIMITACIÓN E INSERCIÓN EN  
EL DERECHO COMERCIAL

*Arturo Prado Puga*

I.	Explicación general .....	31
II.	La creación legal de una personalidad moral separada .....	32
III.	Justificación de la necesidad de crear la empresa individual .....	33
IV.	Las consecuencias que produce en los sujetos de derecho comercial .....	36
V.	Aplicación del régimen supletorio de las sociedades .....	37
VI.	Consideración tipológica de la empresa individual en el Derecho Comparado .....	38
VII.	En torno a su naturaleza jurídica .....	40
VIII.	Dos conclusiones .....	43

CONSTITUCIÓN, TRANSFORMACIÓN Y FUSIÓN DE LAS  
EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

*José Ignacio Díaz Villalobos*

I.	Introducción .....	45
II.	Constitución de las empresas individuales ..	46
III.	Transformación de las empresas individuales	59
IV.	Fusión de las empresas individuales .....	61
V.	Conclusión .....	63

ADMINISTRACIÓN DE LA EMPRESA INDIVIDUAL DE  
RESPONSABILIDAD LIMITADA

*Rony Jara Amigo*

I.	Introducción .....	65
II.	Régimen general de administración de las distintas especies de sociedad mercantil .....	66
III.	Características particulares del sistema de administración .....	67
IV.	Algunas críticas al sistema legal de administración .....	75
V.	Conclusiones .....	76

LA RESPONSABILIDAD CIVIL PATRIMONIAL Y LA  
 PROTECCIÓN DE ACREEDORES EN LA EMPRESA  
 INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA  
*Álvaro Vidal Olivares*

I.	Introducción.....	79
II.	Delimitación del objeto de estudio y algunas consideraciones preliminares .....	81
III.	La empresa individual y su responsabilidad frente a terceros acreedores .....	85
IV.	Inoponibilidad de la persona jurídica de la empresa individual y la garantía patrimonial de los acreedores .....	93
V.	Conclusiones .....	109

LA AUTOCONTRATACIÓN EN LAS EMPRESAS  
 INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA  
*María Sara Rodríguez Pinto*

I.	Autocontratación del empresario individual...	111
II.	Los contratos entre partes relacionadas .....	118
III.	El régimen del artículo 10 de la Ley 19.857....	124

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS  
 INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA  
*Jorge Baraona González*

I.	Introducción.....	133
II.	Las empresas individuales de responsabilidad limitada y su función jurídico-económica: clave interpretativa .....	135
III.	Las funciones de la responsabilidad civil extracontractual y las empresas individuales..	139
IV.	Las disfunciones a que lleva la solución sugerida .....	140
V.	La interpretación que propongo: acudir a las reglas generales .....	143
VI.	Presupuestos para que opere la responsabilidad extracontractual directa de las empresas individuales .....	145

VII. Patrimonio sobre el que se puede ejercer la responsabilidad .....	148
VIII. La acumulación de acciones .....	150

QUIEBRA DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

*Rafael Gómez Balmaceda*

I. La quiebra .....	153
II. Declaración de quiebra de la empresa individual .....	154
III. Obligaciones de la empresa y responsabilidad del titular .....	157
IV. Nulidad del acto constitutivo .....	158
V. Consideración general .....	159

EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

EFFECTOS SUCESORIOS

*Guillermo Acuña Sboccia*

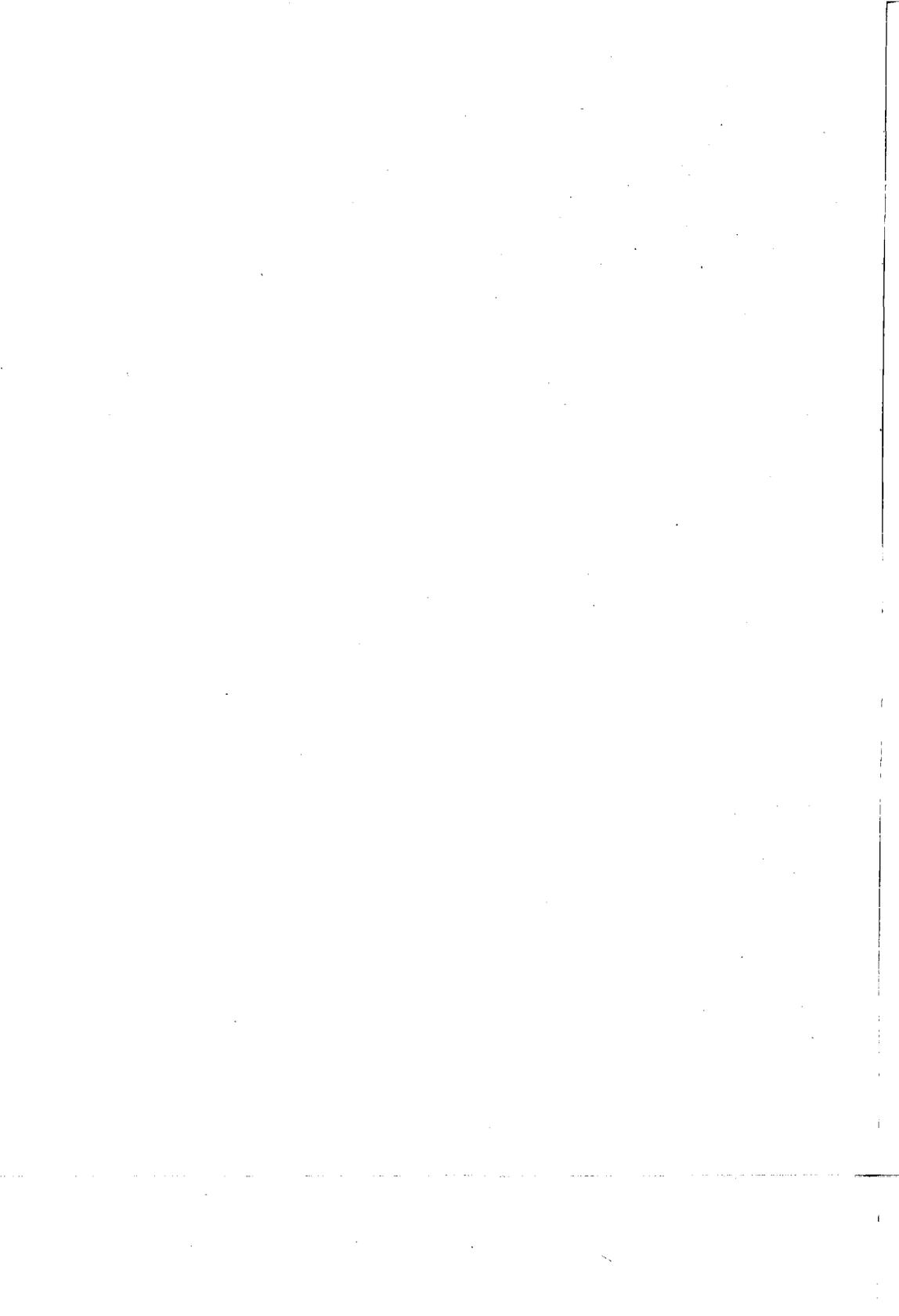
I. Generalidades .....	161
II. Las causales de terminación de la empresa individual .....	162
III. La liquidación de la empresa individual .....	177
IV. Conclusión .....	180

TRIBUTACIÓN APLICABLE A LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

*Juan Edgardo Goldenberg Peñafiel*

I. Introducción .....	183
II. Las empresas individuales como contribuyentes .....	183
III. Situación tributaria de las empresas individuales frente a las normas de la Ley de la Renta .....	185

IV.	Conversión de empresa individual en empresa individual de responsabilidad limitada .....	190
V.	Situación de las empresas individuales ante la Ley del I.V.A. ....	195
VI.	Tributación de la cesión del derecho patrimonial .....	195
VII.	Transformación de una sociedad anónima en una empresa individual .....	195
VIII.	División de la empresa individual .....	197
IX.	Fusión de una empresa individual .....	198
X.	Muerte del titular de la empresa individual ..	199



## PRESENTACIÓN

*Con fecha de 11 de febrero de 2003 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 19.857, que autoriza el establecimiento de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. Si bien la doctrina en general esperaba la consagración legal de las sociedades unipersonales, sobre todo después que la llamada Ley de las OPAs, Ley N° 19.705 de 20 de diciembre de 2000, estableciera, aunque de manera excepcional, la posibilidad de sociedades unipersonales, el establecimiento de este tipo de personas jurídicas unipersonales es una verdadera novedad en el derecho nacional.*

*Creemos que esta nueva institución no sólo despierta el interés de la dogmática, sino también del público general, y particularmente de los pequeños y medianos empresarios. El nuevo modelo de organización empresarial ha tenido una buena acogida en la práctica, al menos por lo que se observa en el Diario Oficial dada la cantidad de extractos de constitución que se publican diariamente.*

*La Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes consideró útil y oportuno, a un año de la publicación de la ley, ofrecer a profesionales, estudiosos del derecho y público interesado en general, un número de la serie Cuadernos de Extensión Jurídica dedicado únicamente al tratamiento jurídico de los aspectos fundamentales del nuevo régimen legal.*

*Los varios autores que participan en este volumen han reflexionado sobre muy diversos temas: el análisis legal y económico de la empresa individual y su inclusión en el contexto del derecho societario (estudios de los profesores Lagos y Prado), lo relativo a la constitución, transformación, administración, extinción y liquidación de estas empresas (trabajos de los profesores Díaz, Jara y Acuña), y la protección del crédito y la responsabilidad contractual y*

*extracontractual de estas nuevas personas jurídicas (profesores Vidal y Baraona). También se aborda en este Cuaderno de Extensión un tema de especial importancia en este tipo de empresas, la autocontratación (estudio de la profesora Rodríguez), y finalmente la quiebra de la empresa (profesor Gómez Balmaceda) y el régimen tributario aplicable (estudio del profesor Goldenberg).*

*Los primeros trabajos ofrecen una perspectiva panorámica que permite comprender la finalidad, funciones e inserción de las empresas individuales de responsabilidad limitada. Esta visión general le permite a Juan Ignacio Lagos Contardo vislumbrar las principales dificultades que genera el estatuto legal. Especial e interesante énfasis hace este artículo acerca de los problemas que se producirán por la falta de definición de «utilidades líquidas», por cuanto ellas, una vez retiradas pertenecen al titular sin que los acreedores de la empresa puedan accionar contra ellas.*

*A pesar que las empresas individuales no son sociedades, supletoriamente a este tipo de personas jurídicas se les aplican las normas de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada. En este marco, el profesor Arturo Prado Puga trata a las empresas individuales en el contexto del derecho societario, señalándoles un carácter de negocio «parasocietario», una figura mixta entre fórmulas como la fundación y las sociedades, donde el objetivo jurídico ha sido lograr que la persona natural no comprometa su patrimonio.*

*En la historia de la ley quedó establecido claramente que la constitución de las empresas individuales estaba reservada para las personas naturales. Lo anterior es un punto de análisis en el trabajo presentado por uno de los editores de este Cuaderno, que trata acerca de la constitución, transformación y fusión de las empresas individuales. Al respecto, en consuno con la doctrina nacional, reconoce esta limitación en la constitución pero también ilustra acerca de la posibilidad de la incorporación de personas jurídicas en la titularidad de estas empresas a través de la transformación de las mismas. Por su parte, el profesor Rony Jara Amigo*

*recurre a las normas comunes a fin de estudiar el sistema de administración de las empresas individuales, analizando específicamente la figura del «gerente» incluida por la ley para este tipo de empresas. El profesor Guillermo Acuña Sboccia, en su trabajo, analiza las causales de extinción y la forma de liquidación de las empresas individuales y sus efectos sucesorios. Al respecto, es de notar la crítica a la falta de disposiciones relativas a la liquidación de estas empresas, ya que las normas supletorias aplicadas –normas societarias– no parecen ser las más adecuadas atendido el carácter unipersonal de esta nueva institución.*

*Dos artículos de esta colección tratan la responsabilidad de las empresas individuales. Por un lado el profesor Álvaro Vidal Olivares analiza la responsabilidad contractual frente a terceros, el cual observa las lagunas que se dan en relación con la protección de los acreedores de la empresa, y, como paliativo, incluye una interesante visión de las normas del levantamiento del velo corporativo o abuso de la personalidad jurídica en relación con las empresas individuales. A su turno, el profesor Jorge Baraona González, concluye que «no resulta ni económica ni jurídicamente razonable negar la responsabilidad extracontractual de las empresas individuales», por lo cual, a partir del imperativo legal que las empresas individuales responden de las obligaciones contraídas dentro de su giro (artículo 8°), estima correcto acudir a las normas generales de responsabilidad extracontractual a fin de aplicarlas a las empresas individuales .*

*La ley N° 19.857 estableció una norma especial (artículo 10) para regular los actos y contratos que se celebran entre el titular como persona natural y su empresa individual como persona jurídica. El estudio de la profesora María Sara Rodríguez Pinto, quien ha colaborado en este volumen desde su estadía doctoral en la Universidad Autónoma de Madrid, se centra en esta norma para contemplar el tema de la autocontratación en las empresas individuales. Especial mención merecen sus acertadas notas de derecho comparado y la revisión de las normas sobre actuaciones*

*con partes relacionadas, aplicables en opinión de la autora siempre que se esté en presencia de un negocio de autocontratación de una empresa individual.*

*El profesor Rafael Gómez Balmaceda ilustra respecto a las normas concursales cuando se presente una quiebra de este tipo de empresas, resaltando el hecho que, a pesar que estas empresas son siempre comerciales (artículo 2°), ello no significa per se que deban aplicarse las normas de quiebras de los deudores calificados, debiendo, en opinión de este autor, determinarse si efectivamente la empresa individual ejercía una actividad comercial u otra que pudiera determinarla como un deudor calificado.*

*El artículo 18 de la ley 19.852 señala que a este tipo de personas jurídicas se les aplican las normas tributarias de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada. Bajo este supuesto el profesor Juan Edgardo Goldenberg Peñafiel procede a analizar los distintos aspectos de la empresa individual, desde su iniciación de actividades hasta su fusión, división y muerte del titular, analizando especialmente a estas empresas y su situación ante la Ley de la Renta y la Ley del I.V.A.*

*Como podrá apreciar el lector, estamos ante una obra que une a la especialidad y competencia de los autores, la complementariedad entre sus estudios, los que en su conjunto entregan un completo análisis de esta nueva forma de organización empresarial. Por ello los editores del número 8 de Cuadernos de Extensión Jurídica tienen la fundada esperanza de que será muy bien recibido tanto por la comunidad académica como por el estamento forense.*

*En Santiago, a 1° de marzo de 2004*

HERNÁN CORRAL TALCIANI  
JOSÉ IGNACIO DÍAZ VILLALOBOS  
EDITORES

**UNA MIRADA GENERAL AL RÉGIMEN  
DE EMPRESAS INDIVIDUALES DE  
RESPONSABILIDAD LIMITADA.  
ANÁLISIS LEGAL Y ECONÓMICO.**

**JUAN IGNACIO LAGOS CONTARDO**  
*Profesor de Derecho Económico*  
*Universidad de los Andes*

**I. INTRODUCCIÓN**

El objeto de este trabajo es hacer un análisis jurídico y económico de las empresas individuales de responsabilidad limitada («E.I.R.L.»). Por limitaciones de espacio, y existiendo otros autores que desarrollarán en esta publicación otros aspectos de las E.I.R.L., hemos omitido referirnos a las exigencias para su constitución, normas sobre modificación, transformación, fusión y división de este tipo de personas jurídicas, como asimismo, a las normas de administración, operaciones relacionadas y terminación de las E.I.R.L.

Cada vez que se realiza una selección de la forma jurídica más apropiada para el desarrollo de una actividad económica, el interesado debe considerar distintos aspectos. Entre otros, deben considerarse los aspectos estrictamente jurídicos, los tributarios y los de orden económico. Las características con que el derecho dota a una u otra forma de sociedad en lo referente, entre otras, a las siguientes materias, serán de particular importancia en ese análisis: (i) la transferibilidad de la propiedad de la sociedad, (ii) la limitación de responsabilidad, (iii) la forma de administración y su control, (iv) la terminación de una sociedad, (v) el marco regulatorio aplicable a las actividades de la sociedad.

Específicamente, respecto de aquellas actividades económicas que deben sujetarse a una determinada forma de organización societaria, como es el caso de las actividades financieras, en que se compromete la fe pública, es necesario, además, verificar que el tipo de sociedad escogido califique bajo el marco normativo aplicable para desarrollar esa actividad.

Desde el punto de vista tributario, interesa determinar el tratamiento que el legislador les da a los elementos más relevantes de los distintos tributos que afectan el desarrollo de determinada actividad, y sus efectos en la sociedad. Por ejemplo, en materia de repartos de utilidades o dividendos, gastos rechazados, aportes y remuneración del socio industrial, operaciones con el socio o accionista relacionado con la sociedad, derechos a crédito, tasación de operaciones relacionadas, entre otras.

Cabe recordar que las formas originales de organización empresarial reconocidas por el derecho en Chile, eran cuatro: (i) las sociedades colectivas, civiles o mercantiles, (ii) las sociedades anónimas, (iii) las sociedades en comandita por acciones, y (iv) los emprendimientos individuales o colectivos sin personalidad jurídica. Solamente las tres primeras formas de organización empresarial permitían la limitación de responsabilidad de los socios, ya que los emprendimientos individuales o colectivos sin personalidad jurídica obligaban a los socios en todo su patrimonio.

Al momento de dictarse el Código Civil y el Código de Comercio, se gozaba en Chile de un espíritu liberal en materia económica, en virtud del cual los habitantes de nuestro país pudieron desarrollar todas aquellas actividades económicas que no estaban expresamente prohibidas, ya en virtud de norma expresa, o como resultado de la aplicación de las normas sobre objeto y causa ilícita. Hasta comienzos del Siglo XX, esa libertad de emprendimiento, debidamente resguardada por el derecho, resultó en un importante crecimiento económico. No son pocas las novelas europeas de la época que mencionan los puertos y costas de Chile, como paso obligado en las travesías comerciales de la época, y su moneda, como una de las monedas con poder liberatorio en el tráfico comercial internacional. Es solamente después de la construcción del canal de Panamá, el descubrimiento del salitre sintético, y el «*crash*» bursátil de 1929, que Chile sufrió una gran contracción económica que lo llevó a buscar nuevas formas de organización económica. Esas nuevas formas de hacer en materia económica, se tradujeron en un fuerte aumento de la actividad económica del Estado, incluyendo los grandes emprendimientos estatales (en el caso de Chile, a través de la

Corporación de Fomento de la Producción, corporación de derecho público del Estado de Chile), y en un aumento sustantivo de la regulación económica, que incluyó, en lo que nos interesa, severas restricciones en cuanto a la formación de una organización empresarial. Quizás las raíces políticas y jurídicas de raigambre continental pesaron más de lo que imaginamos sobre nuestro legislador al determinar el ámbito de libertad que se concedería a las personas de derecho privado al momento de organizarse jurídicamente para emprender.

Los cambios en el pensamiento político en el mundo desde fines del Siglo XX, tanto en la forma de organización del Estado, como de elección de los gobernantes, así como el sostenido crecimiento económico y desarrollo del comercio exterior, hicieron necesario revisar nuestro ordenamiento jurídico, y volver nuevamente a una fórmula en que la iniciativa individual es la pieza fundamental para el desarrollo económico, reservando la regulación sólo a aquellas actividades económicas en las cuales existe un bien jurídico protegido de tal magnitud, que hacen necesario limitar dicha libertad en aras del bien común.

Así se entiende (pero no a modo de excusa) que durante muchos años el legislador en Chile, haya desconfiado de la formación de sociedades. Con un esquema de política económica en donde la actividad individual no es el motor del desarrollo, pero lo es la actividad empresarial del Estado, a través de grandes emprendimientos, la personalidad jurídica es considerada más bien como un ardid para escapar al cumplimiento de las obligaciones para con los acreedores, o el Estado mismo.

Durante el Siglo XIX se discutió mucho sobre la naturaleza jurídica de la sociedad, planteándose al respecto varias teorías, ya para atacar o defender su creación. Cabe recordar cómo disputaron los tratadistas para sustentar, ya fuese las teorías de la ficción legal, de la propiedad colectiva, de la realidad técnica o de la realidad objetiva, para sustentar o atacar la existencia de la personalidad jurídica de las sociedades de derecho privado. Juristas de la talla de Duguit, negaban la existencia de los derechos subjetivos, y por ende estimaban improcedente permitir su formación; Planiol por su parte sostenía que *«la idea de la personalidad ficticia es una concepción simple, pero superficial y falsa, que oculta a las miradas la persistencia hasta nuestros días de la propiedad colectiva al lado de la propiedad individual. Bajo el nombre de personas jurídicas o civiles, sostiene Planiol, hay que entender la existencia de bienes colectivos, en el estado o forma de masas distintas, poseídas por grupos de hombres más o menos numerosos, y*

*substraídas al régimen de la propiedad individual. Por consiguiente, estas pretendidas personas no existen ni aun de una manera ficticia.»*

Todo lo anterior llevó a una cautela que, desde la perspectiva histórica actual, nos parece desmesurada, pero que creemos es necesario tener a la vista al momento de entender las causas que inspiraron las severas limitaciones impuestas por el legislador para la formación de las sociedades. Baste sólo recordar, que para la constitución, modificación y disolución de una sociedad anónima, nuestro Código de Comercio exigía decreto previo del Presidente de la República. Es tan sólo a partir de la dictación de la Ley 18.046, de 22 de octubre de 1981, que las sociedades anónimas cerradas, se pueden constituir, modificar y terminar en virtud única y exclusivamente de actos privados, sin mediar actuación alguna de autoridad.

Asimismo, la exigencia de la *afectio societatis* como elemento de la esencia de la sociedad, nos resulta exagerado, habida cuenta de la existencia de innumerables legislaciones de derecho comparado en las cuales dicho elemento se presume por el solo hecho de pactar la sociedad. No es necesario abundar más, bastando señalar que en el derecho comparado también, las formalidades para la constitución, modificación y terminación de una sociedad, incluso anónima que transa en bolsa, se reduce a la presentación de formularios pre-impresos ante la autoridad competente, proporcionando el detalle de la modificación en cuestión, con períodos de espera para recibir impugnaciones, pero sin la pompa sacramental, que tantas veces entraba, o al menos hace más lento, el libre tráfico de los bienes.

## II. LAS SOCIEDADES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Nuestro ordenamiento jurídico trata de las personas jurídicas en los artículos 545 y siguientes del Código Civil. En el artículo 545 de dicho cuerpo legal, se prescribe que «Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública».

Por su parte, el artículo 547 del Código Civil señala expresamente que las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones del Código Civil, y que sus derechos y obligaciones son reglados por el Título XXVIII del Libro IV del Código Civil, si son civiles, o por el Título VII del Libro II del Código de Comercio, si son comerciales.

### III. CONCEPTO DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES.

#### ¿QUÉ SON LAS EMPRESAS INDIVIDUALES?

(a) Las E.I.R.L. son personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro. Es decir, en el lenguaje del Código Civil, son «*personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles [y comerciales], y de ser representadas judicial y extrajudicialmente.*»

Es esta quizás la nota principal de las E.I.R.L., ya que hasta antes de la legislación que permite su creación, las personas naturales sólo podían desarrollar actividades empresariales personalmente, comprometiendo su patrimonio personal sin límite alguno, o bien, asociándose con terceros, que en realidad eran socios figurados, que sólo tenían por objeto satisfacer el requisito de la ley chilena de que toda sociedad debe tener dos socios.

(b) La empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular. El artículo 2 de la ley de E.I.R.L. así lo dispone expresamente. Evidentemente esta es la segunda nota, diríamos, esencial, de esta clase de forma de organización jurídica que una persona puede adoptar para desarrollar sus actividades económicas. Esto no significa que la persona natural que constituye una E.I.R.L. tenga dos patrimonios; solamente ha aportado todo o parte de su patrimonio a una persona jurídica que se crea, la E.I.R.L., pero recibe a cambio un derecho incorporal mueble, que es el derecho de dominio del cien por ciento de la propiedad de esa persona jurídica. Es decir, aun en el caso de aportar una persona natural todos sus bienes corporales e incorporales a una E.I.R.L., siempre sería titular de los derechos sobre la misma, y por tanto, dichos derechos formarían su patrimonio personal, mientras que los bienes aportados, pasan a ser patrimonio de la E.I.R.L.

Las E.I.R.L. no emiten acciones ni derechos sociales, con lo cual podría a primera vista pensarse que quien aporta parte de su patrimonio a una E.I.R.L. tiene dos patrimonios, pero ello evidentemente no es así, ya que la E.I.R.L. es una persona jurídica que tiene vida propia, pero cuya propiedad está radicada en la persona natural que la ha constituido.

(c) Las E.I.R.L. no son sociedades. Debemos decir que las E.I.R.L. no son sociedades, aun cuando sean personas jurídicas. Decimos que no son sociedades, por cuanto «sociedad es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con la mira de

repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.» (Artículo 2053 del Código Civil).

Pues bien, la persona natural que se organiza como una E.I.R.L., nada pone en común con otro u otros, ni pretende repartir beneficio alguno con terceros que puedan resultar de su emprendimiento. Cabe al respecto mencionar que la remisión que la ley sobre E.I.R.L. hace en su artículo 18, a la ley general aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, no debe llamar a engaño, puesto que al no ser sociedades las E.I.R.L., será difícil encontrar en dichos cuerpos legales normas que le resulten realmente aplicables a una persona jurídica que no es sociedad. Basta pensar en las normas que establecen derechos y obligaciones de los socios, las obligaciones del socio administrador, las prohibiciones que la ley impone a los socios de una sociedad de responsabilidad limitada para concluir que las E.I.R.L. son personas jurídicas pero claramente no son sociedades.

(d) Las E.I.R.L. se rigen por el estatuto jurídico de los comerciantes. El artículo 2 de la Ley señala expresamente que la E.I.R.L. «es siempre comercial, y está sometida al Código de Comercio cualquiera sea su objeto.» Como ya adelantamos, el legislador omitió indicar si esta es una presunción legal o de derecho. Las consecuencias de una u otra calificación son de primera importancia, por cuanto en el primer caso, el titular podrá acreditar por todos los medios de prueba que no es comerciante, aun cuando se rija por las normas del derecho comercial.

#### IV. ¿QUIÉNES PUEDEN CONSTITUIR UNA EMPRESA INDIVIDUAL?

(a) Sólo las personas naturales, ya sean nacionales o extranjeras, con domicilio en Chile o en el exterior, pueden constituir una E.I.R.L. La ley no hace distinción alguna, con lo cual no corresponde al interprete distinguir; por lo tanto, personas naturales nacionales o extranjeras, con domicilio en Chile o en el exterior, pueden constituir esta clase de personas jurídicas.

(b) La exigencia de capacidad para contratar rige en toda su extensión respecto de las personas naturales que deseen constituir una E.I.R.L. Evidentemente en esto no hay ninguna innovación, y regirán todas las normas sobre capacidad para contratar que nos rigen. Respecto al caso de la mujer casada que desea constituir una E.I.R.L., evidentemente prevalece su estatuto jurídico, y deberá estarse, por tanto, al caso particular, para conocer los efectos de la constitución de una E.I.R.L. por su parte según sea el régimen que le resulte aplicable.

El artículo 1º de la ley sobre E.I.R.L. establece que «Se autoriza a toda persona natural el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, con sujeción a las normas [de esa ley].» Sobre esta limitación quisiéramos adelantar una de las conclusiones de este trabajo. Nos parece que el legislador no actuó con un criterio de neutralidad económica al limitar tan severamente esta forma de organización empresarial. Es así que existe una asimetría entre sociedades y personas naturales: sólo estas últimas pueden organizarse como E.I.R.L. No vemos razones de peso para semejante discriminación, puesto que muchas veces es necesario que una empresa, ya por razones de administración del riesgo de distintos emprendimientos, ya por razones geográficas, estratégicas o de legítima conveniencia tributaria, constituya distintos vehículos de inversión. Al haberse excluido a las sociedades de la ley de E.I.R.L., éstas continúan obligadas a someterse a todas las formalidades de las leyes sobre sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, e incluso a las leyes de jurisdicciones extranjeras, para radicar actividades económicas que bien pudieran canalizarse a través de sociedades unipersonales.

(c) Tanto empresas existentes como empresas en formación se pueden organizar como una E.I.R.L. Cabe preguntarse si todas las E.I.R.L. deben ser «empresas» en el sentido económico del término, es decir, un conjunto de bienes corporales e incorporeales, capital y trabajo humano destinado a la producción de bienes y a la prestación de servicios, puesto que el legislador ha definido la autorización legal para organizarse como tal incluyendo esa expresión.

A falta de definición legal de empresa, deberíamos recurrir al sentido natural y obvio de la palabra. Sin embargo, la respuesta no nos parece tan obvia, ya que la definición de «*empresa*» en el Diccionario de La Lengua Española de la Real Academia Española, incluye seis acepciones distintas. Al menos dos de ellas llevan a conclusiones contradictorias sobre si acaso sólo las empresas individuales ya existentes califican para organizarse como una E.I.R.L. Si por empresa se entiende un «*Intento o designio de hacer alguna cosa*» (tercera acepción), evidentemente, cualquier actividad, incluyendo un nuevo emprendimiento, podría servir para constituir una E.I.R.L. Pero si por empresa se entiende una «*Acción ardua y dificultosa que valerosamente se comienza*» (primera acepción), o una «*Casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia*» (cuarta acepción), entonces, solamente aquellas actividades económicas que requieran de esfuerzo, riesgo, bienes

corporales e incorporeales y capital, calificarán como tal, autorizando a una persona natural para su constitución como E.I.R.L.

Si para interpretar el significado de la palabra «*empresa*» se utiliza el criterio del artículo 21 del Código Civil, entonces sólo podrán constituir una E.I.R.L. aquellas personas naturales que hasta la fecha han actuado como empresarios individuales, para lo cual deberán haber aportado trabajo y algo de capital. En efecto, la acepción de empresa en el ámbito mercantil, es decir, de quienes profesan ese arte o actividad, está definida como sigue: «*Entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción, y dedicada a actividades industriales, mercantiles, o de prestación de servicios generalmente con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad.*» (sexta acepción de «*empresa*» en el Diccionario de la Lengua Española).

Si la intención del legislador ha sido claramente permitir a las personas naturales organizarse como personas jurídicas en sus actividades económicas, ya sea mediante el aporte de una empresa unipersonal ya existente, o mediante el aporte de bienes corporales e incorporeales para fundar una nueva empresa organizada bajo esta modalidad, habría de aceptarse que la acepción más amplia del término es la que corresponde aplicar. Con todo, esto deberá dilucidarlo la jurisprudencia.

## V. ¿PUEDEN ORGANIZARSE EMPRESAS INDIVIDUALES COMO PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO CIVIL O COMERCIAL?

No es necesario entrar en mayor análisis sobre este punto, por cuanto el legislador lo zanjó en forma definitiva, al establecer en el artículo 2 de la ley sobre E.I.R.L., que «es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto.» Sobre este punto cabe mencionar que, nuevamente, el legislador abandonó el criterio de neutralidad, y optó por declarar mercantiles a todas las E.I.R.L., con prescindencia absoluta de su giro real y efectivo, y de la calidad de su propietario. La Ley no indica si ésta es una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, lo que evidentemente dejará abierta la posibilidad de que esto sea disputado caso a caso. Esto no quiere decir que la E.I.R.L. dejará de regirse por el estatuto de una sociedad comercial, pero sí, que ella no necesariamente califique como comerciante, para efectos del Código de Comercio.

Como efecto de esta decisión de política legislativa, se facilita la declaración en quiebra de una E.I.R.L., ya que la legislación de quie-

bras establece un régimen jurídico más favorable a los acreedores de comerciantes que de deudores civiles. Desde ya, los actos de una E.I.R.L. serán actos de comercio, y por tanto, estarán sujetos a su estatuto. Como se sabe, las causales necesarias para la declaración de quiebra de un comerciante, y las eventuales sanciones a la misma, hacen más atractiva la calificación del deudor como comerciante. Sin embargo, esta calificación tiene efectos tributarios que no son menores.

Si la única razón para tratar a las E.I.R.L. como comerciantes fue proteger jurídicamente la posición de los acreedores al otorgarle crédito a las E.I.R.L., bien pudo lograrse el mismo objetivo mediante la inclusión de una disposición expresa que sometiera a este tipo de deudores a las causales, procedimientos, efectos y normas aplicables a los comerciantes, sin declararlos tales.

Desde ya, cabe señalar aquí que esta limitación no hace aconsejable en algunos casos la constitución de E.I.R.L. respecto de quienes desarrollan actividades propiamente civiles, puesto que los efectos tributarios les serán desfavorables. Evidentemente esta conclusión es sólo general, y una acertada decisión al respecto requiere de la ponderación con conocimiento de todos los elementos de cada caso. Con todo, nos parece que el legislador resolvió en forma muy simple un tema que merecía mayor cuidado para no privar a las personas naturales de este vehículo de organización cuando sus actividades empresariales son esencialmente civiles, y los efectos tributarios de la calificación de los mismos como comerciales les resultan adversos.

Sobre este punto cabe mencionar que el Artículo 18 de la Ley señala expresamente que «en lo demás, se aplicarán a la empresa individual de responsabilidad limitada, las disposiciones legales y tributarias, aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, incluyendo las normas sobre saneamiento de vicios de nulidad, establecidas en la ley N° 19.499.»

Es así que el estatuto jurídico de esta sociedad es de derecho comercial, con todos los efectos jurídicos que ello conlleva, no pudiendo constituirse E.I.R.L. civiles.

## VI. FORMALIDADES DE LA CONSTITUCIÓN DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES

Aquí sólo nos interesa mencionar que el legislador contempló la exigencia de ciertas solemnidades para la constitución de las E.I.R.L., en ausencia de las cuales, importa la nulidad absoluta del acto res-

pectivo (artículo 7 de la Ley). Se exige el otorgamiento de una escritura pública, con las menciones indicadas en el artículo 4º de la Ley. La publicación en el Diario Oficial y la inscripción en el Registro de Comercio de un extracto de dicha escritura dentro del plazo de sesenta días contados desde el otorgamiento de la escritura antes referida, es también exigencia para la constitución de una E.I.R.L., en forma similar a lo que ocurre con las sociedades anónimas y las sociedades colectivas de responsabilidad limitada.

No existe necesidad de acto de autoridad alguna en el proceso de constitución de una E.I.R.L., siendo éste un conjunto de actos de derecho privado. Evidentemente esto es de especial importancia como herramienta de fomento de la actividad económica de las personas naturales de derecho privado, evitándose cualquier exigencia que pueda significar entabrar burocráticamente la formación de esta clase de personas jurídicas. Con esto, el legislador ha respetado el principio de neutralidad económica de la legislación, ya que la constitución de las otras formas de organización empresarial tampoco requieren intervención de autoridad para su constitución, salvo cuando se trate de actividades económicas reguladas (por ejemplo, del mercado financiero o de capitales).

## VII. RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA NATURAL QUE CONSTITUYE UNA EMPRESA INDIVIDUAL

Uno de los objetivos centrales de la constitución de una persona jurídica con fines de lucro, es acotar el riesgo de las actividades económicas desarrolladas por los emprendedores que la constituyen. Es perfectamente legítimo que una persona destine parte de su patrimonio a una nueva actividad, y busque fórmulas legítimas, mas no en fraude de sus acreedores, para proteger aquella parte de su patrimonio que no se destina a dicho emprendimiento. Es por ello que el legislador, reconociendo esta realidad del mundo empresarial, dotó a las E.I.R.L. de personalidad jurídica, y limitó la responsabilidad legal del constituyente, únicamente al monto de los aportes realizados a la E.I.R.L. que constituye, con las excepciones que se analizarán más adelante.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 inciso segundo de la Ley «El titular de la empresa responderá con su patrimonio sólo del pago efectivo del aporte que se hubiere comprometido a realizar en conformidad al acto constitutivo y sus modificaciones.» Esta disposición

replica la norma aplicable a los socios de sociedades de responsabilidad limitada, y a los accionistas de sociedades anónimas, con lo cual, los acreedores de una E.I.R.L. podrán accionar en contra de la persona natural titular de dicha E.I.R.L., si no ha enterado los aportes comprometidos, ya sea en el acto de constitución o en alguna de sus modificaciones.

Sin embargo, el legislador estableció casos en los cuales la responsabilidad de la persona natural titular de la E.I.R.L. subsiste. Esos casos están establecidos en el artículo 12 de la Ley. Así, la persona natural titular de una E.I.R.L. «responderá ilimitadamente con sus bienes, en los siguientes casos: a) Por los actos y contratos efectuados fuera del objeto de la empresa, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos; b) Por los actos y contratos que se ejecutaren sin el nombre o representación de la empresa, para cumplir las obligaciones que emanen de tales actos y contratos; c) Si la empresa celebrare actos y contratos simulados, ocultare sus bienes o reconociere deudas supuestas, aunque de ello no se siga perjuicio inmediato; d) Si el titular percibiere rentas de la empresa que no guarden relación con la importancia de su giro, o efectuare retiros que no correspondieren a utilidades líquidas y realizables que pueda percibir, o e) Si la empresa fuere declarada en quiebra culpable o fraudulenta.»

## VIII. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

La Ley dispone que una E.I.R.L. «responde exclusivamente por las obligaciones contraídas dentro de su giro, con todos sus bienes.» Es decir, los acreedores personales de un titular de una E.I.R.L. no pueden perseguir los bienes de la misma, carecen del derecho de prenda general sobre ellos, y por tanto, no responden dichos bienes de las obligaciones, cualquiera sea su naturaleza, del titular de una E.I.R.L.

La Ley señala expresamente en su Artículo 13 que «Los acreedores personales del titular no tendrán acción sobre los bienes de la empresa. En caso de liquidación, tales acreedores sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de la empresa.» El legislador optó por privar a los acreedores de toda acción contra los bienes de la empresa, reconociéndole así plenos efectos jurídicos a su personalidad jurídica, y por ende, su carácter de patrimonio distinto del de la persona natural que constituye la E.I.R.L.

Por otra parte, la sociedad sólo responde de las obligaciones contraídas dentro de su giro u objeto, con lo cual se limita la acción de los acreedores de aquellas obligaciones que no reúnan esta condición. En esto, el legislador no innovó, repitiendo las normas relativas a las sociedades.

IX. ¿DE QUIÉN SON LAS UTILIDADES LÍQUIDAS RETIRADAS DE UNA EMPRESA INDIVIDUAL, DEL TITULAR O DE LA EMPRESA?  
¿CUÁNDO SE ENTIENDEN RETIRADAS?

En su artículo 11 la Ley señala que las utilidades líquidas de una E.I.R.L. «pertenece al patrimonio del titular separado del patrimonio de la empresa, una vez que se hubieren retirado y no habrá acción contra ellas por las obligaciones de la empresa.»

Cabe preguntarse entonces, qué debe entenderse por utilidades líquidas de una E.I.R.L. y cuándo se deben entender retiradas.

Al respecto, la Ley no da ninguna definición, y por tanto, creemos que será la jurisprudencia de los tribunales de justicia la que deberá dilucidar su significado. Esta no será una tarea menor, por cuanto la determinación de las utilidades líquidas en una sociedad anónima, o en cualquier forma de organización societaria, conlleva el cierre del ejercicio, es decir, el término de año. El accionista de una sociedad anónima que percibe un dividendo provisorio tiene obligación de restituirlo si en el balance aprobado en la Junta Ordinaria del año siguiente se determina que las utilidades fueron menores a las repartidas durante el año, o hubo solo pérdidas. Será entonces materia de ardua controversia determinar si existen o no utilidades líquidas respecto de acciones legales iniciadas antes del cierre del ejercicio, y por ende, si los acreedores del titular de una E.I.R.L. tienen o no acción sobre determinada suma de dinero retirada de una E.I.R.L. Es un hecho que el flujo de caja de una E.I.R.L., y los retiros del mismo que haga su titular, no siempre serán utilidades líquidas, y por tanto, el tema no es menor.

X. CONCLUSIONES

De la exposición anterior, podemos extraer las conclusiones siguientes:

1º) Las personas naturales pueden constituir E.I.R.L., mediante un aporte de bienes corporales e incorpóralos, muebles e inmuebles.

Cumplíendose las formalidades jurídicas establecidas en la Ley, nace una persona jurídica distinta de la persona natural titular de la misma.

2º) Las personas jurídicas, con o sin fines de lucro, no pueden constituir una E.I.R.L., que sólo responde de las obligaciones contraídas dentro de su giro.

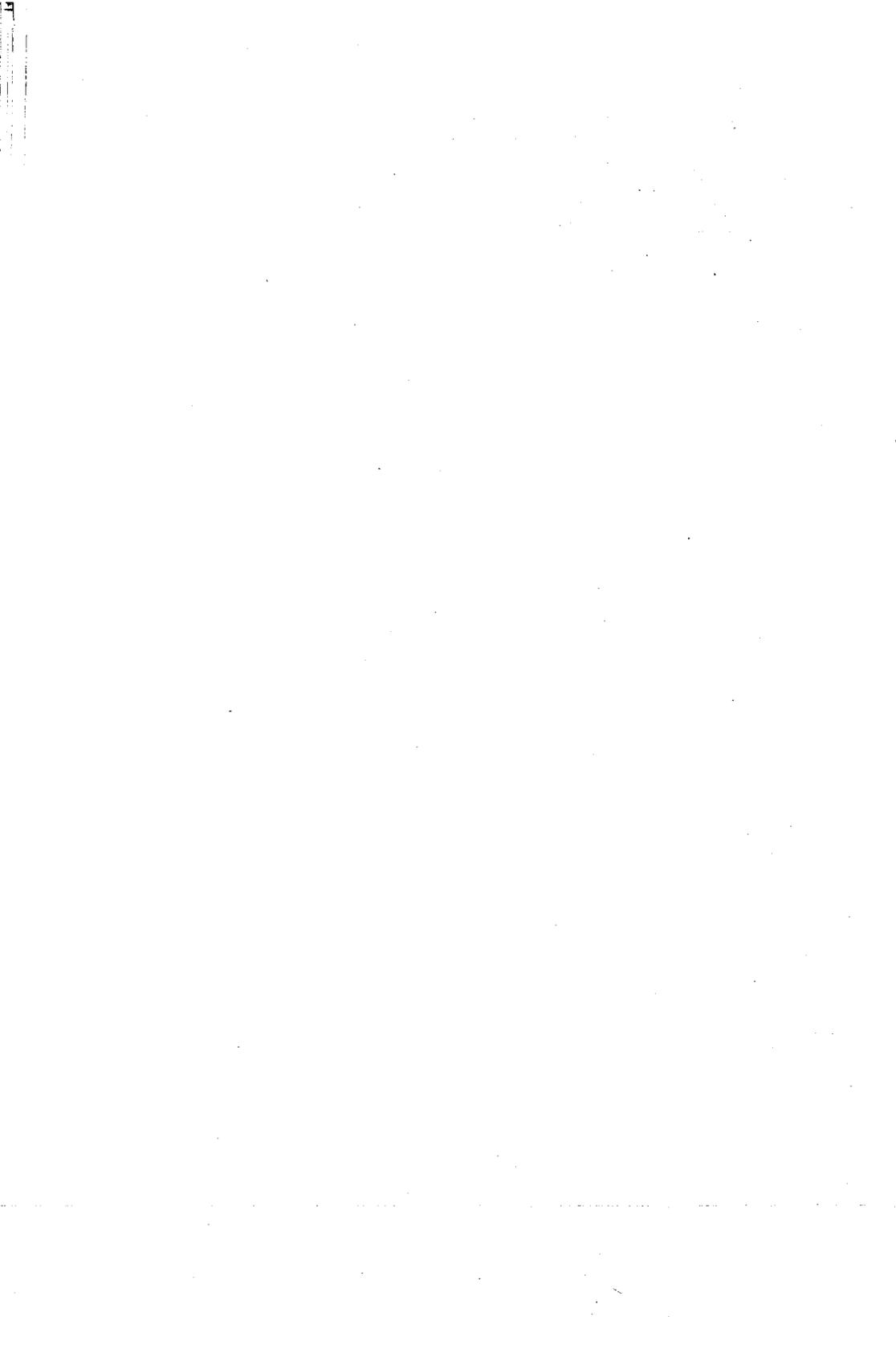
3º) El titular de una E.I.R.L. limita su responsabilidad al monto de los aportes comprometidos a la E.I.R.L., de modo que los acreedores de una E.I.R.L. sólo podrán accionar en su contra respecto de los aportes comprometidos. Por su parte, los acreedores de un titular de E.I.R.L. no podrán dirigirse contra el patrimonio de la E.I.R.L.

4º) Las E.I.R.L. no son sociedades, y por tanto, sólo algunas normas de los capítulos relativos a las sociedades les serán aplicables. Al no ser sociedades, no emiten acciones, ni su propiedad se expresa en derechos. Con ello, la transferencia de propiedad de una E.I.R.L. se hace más compleja, y desde luego, la constitución de garantías sobre acciones o derechos es imposible. Por tanto, esta clase de personas jurídicas no es aconsejable para aquellas empresas que desean crecer en el tiempo, y participar activamente en los mercados de capitales, tanto de acciones como de deuda.

5º) Las E.I.R.L. son siempre comerciales, cualquiera sea su objeto o denominación, por expresa disposición legal. Por ello, las normas relativas a la quiebra sobre comerciantes, las obligaciones de los comerciantes, los efectos de la contabilidad en juicios seguidos entre comerciantes, entre otras disposiciones, les resultarán plenamente aplicables.

6º) Quienes deseen desarrollar actividades económicas que jurídicamente califiquen como actos civiles, y no actos de comercio, deberían evitar, en principio, la constitución de una E.I.R.L., tanto por los efectos netamente jurídicos que ellos acarrearán, como por los efectos tributarios.

7º) Nos parece aconsejable que el legislador revise la Ley, y permita a las personas jurídicas, con y sin fines de lucro, formar empresas individuales. Asimismo, nos parece deseable que se permita al constituyente optar por calificar la E.I.R.L. como civil, si el objeto de la misma es efectivamente civil. Creemos que también es aconsejable que el legislador establezca una definición de utilidades líquidas para efectos del artículo 11 de la Ley. El reconocimiento de la personalidad jurídica a la empresa individual merece ser destacado y apoyado como un pilar del crecimiento económico, pero deseáramos que las E.I.R.L. fueran una forma de organización jurídica permitida a todas las personas jurídicas de derecho.



## LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: DELIMITACIÓN E INSERCIÓN EN EL DERECHO COMERCIAL

ARTURO PRADO PUGA

Doctor en Derecho

Universidad de Navarra (España)

Profesor de Derecho Comercial

Universidad de Chile

### I. EXPLICACIÓN GENERAL

El presente trabajo tiene por objeto exponer los problemas que trae consigo la delimitación jurídica de la empresa individual de responsabilidad limitada (E.I.R.L.)<sup>1</sup>, cuya explosiva utilización como forma de organización y gestión empresarial se ha podido constatar de forma permanente a través de la publicación de los extractos que dan cuenta de su constitución en el Diario Oficial.

Muchos microempresarios individuales con activos y pasivos aportados a las denominadas «sociedades de hecho», reconocidas por la legislación tributaria pero carentes de personalidad jurídica, han experimentado los beneficios de esta nueva regulación.

<sup>1</sup> Véase: Antonio Brunetti, *Tratado del Derecho de las Sociedades I* (Buenos Aires, 1960), Pág. 191 a 197; Libedinsky Tschorne, Marcos, *La empresa individual de responsabilidad limitada*, Memoria de Prueba U. Chile (Santiago, 1959); Javier Velásquez Cabello, Francisco, *La empresa individual de responsabilidad limitada. Necesidad de consagración legal o sólo un tópico de interés dogmático*. Tesis de Magister (U. Chile, Santiago, 2000), págs. 103 y sigs.; González Castillo, Joel, *Empresas individuales de responsabilidad limitada*, Análisis de la Ley 19.857, (Santiago, 2003); Concha Gutiérrez, Carlos, «La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada», en *Revista del Abogado* N° 27-abril/, 2003, páginas 36-41; Moya Plaza, Wildo, «Empresa Individual de Responsabilidad Limitada», en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 30 N° 2, págs. 225-326; Sahli Cruz, Juan Carlos, «La empresa individual de responsabilidad limitada», en *Actualidad Jurídica*, N° 8 Universidad del Desarrollo, Santiago-Concepción, julio, 2003. Véase, *Cámara de Diputados*, Sesión 9ª, jueves 17 de octubre de 2002, página 79, Sesión 12ª, Jueves 31 de octubre de 2002, página 31.

Ello explica esta especie de «metamórfosis cotidiana» de empresarios que operan ahora con una figura dotada de un *régimen legal* que mantiene un profundo alcance en la práctica de los negocios.

La introducción de la «Sociedad de Responsabilidad Limitada por Acciones», propuesta al Congreso en el Proyecto de Ley denominado «Segunda Reforma al Mercado de Capitales»,<sup>2</sup> vuelve a insistir en la limitación de los riesgos de la actividad comercial a través de la personalidad moral a la vez que nos sitúa ante una entidad bastante novedosa en nuestro medio ya que permite su constitución con un solo accionista.<sup>3</sup>

Véamos cómo encaja la construcción legal de las E.I.R.L. en nuestro sistema.

## II. LA CREACIÓN LEGAL DE UNA PERSONALIDAD MORAL SEPARADA

Uno de los temas más complejos de la figura que analizamos, radica en el hecho que el legislador haya adoptado desde su origen, el camino de conceder a la E.I.R.L. el privilegio de la personalidad jurídica de derecho privado, erigiéndola como un nuevo sujeto de derecho, separado e independiente de la persona natural que la constituye en su origen o la adquiere de forma sobrevenida, dotándola además de naturaleza jurídica como entidad comercial sin importar su objeto.

Nótese que la empresa a que nos referimos no se ajusta con el concepto de actividad empresarial que garantiza el Constituyente (artículo 19 N° 21) sino sólo con el ejercicio de ésta bajo una forma específica.

El artículo 2 dispone que «La empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera sea su objeto; podrá, agrega, realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas.»

El artículo 11 por su parte, dispone que «las utilidades líquidas de la empresa pertenecerán al patrimonio del titular separado del patrimonio de la empresa, una vez que se hubieren retirado y no habrá acción contra ellas por las obligaciones de la empresa».

<sup>2</sup> *Boletín del Congreso Nacional*, N° 3278-05

<sup>3</sup> Véase el artículo 473 del Código de Comercio respecto de la constitución de la sociedad comandita por acciones.

Finalmente y como corolario de este régimen que hace plenamente oponible la personalidad jurídica que arranca de esta figura, el artículo 13 establece que «Los acreedores personales del titular no tendrán acción sobre los bienes de la empresa. En caso de liquidación, tales acreedores sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de la empresa».

### III. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE CREAR LA EMPRESA INDIVIDUAL

#### A. RAZONES DE ORDEN JURÍDICO QUE EMPUJAN LA APARICIÓN DE ESTA NUEVA FIGURA

Debemos señalar qué razones de orden práctico más que «*disquisiciones jurídicas de carácter teórico*» como las denomina el Mensaje<sup>4</sup> empujan a arbitrar esta solución.

En primer lugar, cabe destacar que el riesgo continuo envuelto en la actividad empresarial y la necesidad de disminuir o escapar del eventual fracaso del empresario o la ruina que contamina no tan sólo su empresa sino que se proyecta sobre su propia familia, obliga a limitar su responsabilidad frente a terceros recurriendo hasta ahora en el decir de Ascarelli a la poco transparente pero «irresistible tendencia» de crear sociedades «de comedia».<sup>5</sup> En este sentido, no cabe duda que la amplitud de la responsabilidad patrimonial ilimitada del empresario como garantía o prenda general de los acreedores establecida en los artículos 2465 y 2469 del Código Civil, retrae e inhibe la iniciativa individual ya que no son muchos los que están dispuestos a arriesgar su patrimonio completo en negocios que suelen oscilar por circunstancias razonablemente imprevistas.<sup>6</sup>

El énfasis que se pone hoy en la responsabilidad del empresario por su actos que inciden en el ámbito contractual y extracontractual, en la responsabilidad objetiva que se extiende a los hechos de sus

<sup>4</sup> *Diario Sesiones del Senado*, 1991, Sección 2ª (Anexo de documentos) página 149; Senado, Sesión 7. Miércoles 30 de junio de 1993, página 777, Sección 2ª (Anexo de documentos) página 149.

<sup>5</sup> Tullio Ascarelli, *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, traducción de Evelio Verdera (Barcelona, 1964).

<sup>6</sup> Tiene toda la razón don Carlos Concha G. ob. cit., página 36 al señalar que: «No es adecuado estimar que la ética o moral en los negocios se identifica con la ilimitación de la responsabilidad por las obligaciones del giro, esto es, por la circunstancia que los acreedores tengan derecho a perseguir todos los bienes presentes y futuros del empresario. Ni siquiera la ley de quiebras establece tal grado de ilimitación para el deudor de buena fe.»

dependientes, lo llevan a morigerar la responsabilidad patrimonial universal y a escudarse bajo el manto protector que brinda la personalidad jurídica creando sociedades de fachada.

Las mismas razones que hicieron indispensable hace más de 80 años, el año 1923, dictar una ley de sociedades de responsabilidad limitada o mejor dicho con expresión de don Joaquín Garrigues «*sociedad de riesgo limitado*»<sup>7</sup> de carácter híbrido, destinada a «facilitar la actividad privada», esto es de personas y de capitales, pero sin los inconvenientes del compromiso patrimonial indefinido e ilimitado o incluso solidario de sus socios (artículo 2.095 del Código Civil y 370 del Código de Comercio), de la clásica sociedad colectiva, vienen ahora en autorizar la creación de esta nueva especie de entidad comercial que provee las mismas ventajas de la responsabilidad personal limitada evitando la ficción indirecta del «paraguas societario» que exige asociarse a un «palo blanco» para poder acceder a este beneficio y no perder todo su caudal personal.

Este proceso de «sinceramiento», se encauza bajo la forma de admitir una sociedad unipersonal como sucede en Europa<sup>8</sup> (lo que termina por alejarnos del tradicional «dogma» de la *affectio societatis* de este «contrato bilateral») o bien se reconoce con más audacia y sin más desvíos la configuración de la empresa unipersonal, como ocurre en la mayoría de los países de nuestro continente, cumpliendo de esta manera con la finalidad de conseguir la distribución de los riesgos entre los consumidores, compartiendo la eventual insolvencia o descapitalización de la empresa proveniente de su actividad con sus acreedores, a través de una responsabilidad que se limita exclusivamente a los bienes aportados y explotados por la empresa.

Sin embargo, no han faltado las voces que han criticado esta nueva figura caracterizándola como un «cómodo artificio»<sup>9</sup> por el

<sup>7</sup> Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, t.I ( Madrid, 1976) página 546.

<sup>8</sup> En Francia, se admitió la sociedad unipersonal como Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada (E.U.R.L) en la ley 85.697 del 11 de julio de 1985, completada por el decreto 86.909.- del 30 de julio de 1986. Véase Mega Code de Commerce, Dalloz (Paris 2002), Chapitre III, página 2.381 N° 42-1 y págs 2.434 a 2.440. Se trata básicamente de una sociedad de responsabilidad limitada de socio único, que puede resultar, de la estipulación del acto constitutivo de parte de una sola persona o de la reunión en una sola mano de todas las cuotas de una Sociedad de Responsabilidad Limitada. Este socio único puede ser una persona física o persona jurídica, pero la persona jurídica que constituya una sociedad unipersonal no puede ser a su vez sociedad unipersonal. Dicha sociedad en el derecho francés, se presenta como una variante de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, donde se aplican a un socio único las reglas que rigen a la sociedad pluripersonal.

<sup>9</sup> No obstante que, como veremos, dicho titular puede delegar las funciones de administración y representación en un gerente general o designar apoderados generales.

que «se consiente la irresponsabilidad *ad libitum* de quien por profesión arriesga bienes ajenos, en provecho propio» y «sin el peligro de la propia ruina» o lo que altera el principio de que el empresario debe estar «a las duras y a las maduras» respondiendo con todos sus bienes para el caso de ser perseguido por sus acreedores, del mismo modo como él percibe la totalidad de las ganancias cuando hay utilidades.

Creemos, sin embargo, que es absurdo combatir una figura por temor a que ocurra la utilización alevosa de la misma, toda vez que los acreedores pueden pedir fianzas o avales personales del empresario, todo lo cual además, al fin de cuentas, ya existe de forma social falseada y enmascarada con las famosas «sociedades de papel».

Se trata de una figura útil que ha sido dotada de un buen sistema de publicidad y de sanciones adecuadas que evitan la «picaresca criolla» y el uso torcido de esta nueva modalidad como un subterfugio para eludir sus compromisos.

Incluso el empleo de estas empresas en materia laboral no exime, en nuestra opinión, al empresario de la responsabilidad solidaria por los legítimos derechos laborales y previsionales que correspondan al trabajador (artículo 478 del Código del Trabajo que utiliza la expresión, «...cualquier subterfugio, ocultando o disfrazando o alternando su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley»).

## B. RAZONES DE ORDEN PRÁCTICO

Supone el legislador, en segundo lugar, que los usuarios de las E.I.R.L. serán principalmente las *PYMES* y las microempresas de base individual que potenciarán e impulsarán la figura ajustando su conformación a esta nueva realidad muchas de las cuales operan hasta la fecha como simples sociedades de hecho autorizadas ante Notario.

Por esta misma razón y por los fines que ella persigue es que, en general, salvo excepciones,<sup>10</sup> se permite su constitución, sólo a las personas naturales y no a las jurídicas, y sin importar que constituya más de una pero de distinto giro (artículo 1° y 3° letra d).

Dicho propósito se desprende de los antecedentes fidedignos de la historia de esta ley. Así lo hicieron presente tanto en el Senado como

<sup>10</sup> Así sucede en Colombia que admite la Empresa Unipersonal, en la Ley N° 222 del 21 de diciembre de 1995, vigente a partir del 21 de junio de 1996.

en la Cámara, los representantes de los gremios que la propiciaron, convocados al Congreso, manifestando que de las 648 mil empresas existentes en el país, 535 mil son microempresas, 13 mil medianas y poco más de 6 mil grandes empresas, conforme al criterio utilizado por el Ministerio de Economía conforme al cual microempresa es aquella unidad productiva cuyas ventas anuales son inferiores a 2.400 U.F. en tanto que las pequeñas fluctúan entre las 2.400 y 25.000 U.F.<sup>11</sup>.

#### IV. LAS CONSECUENCIAS QUE PRODUCE EN LOS SUJETOS DE DERECHO COMERCIAL

##### A. LA PECULIARIDAD DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

Cabe destacar que la ley N° 19.857, en lugar de seguir un camino conocido y más simple como era el de legislar sobre la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada tomando como fuente la institución ya existente y conocida en el Derecho Comparado (estructura que contaba incluso con el beneplácito de los profesores que intervinieron durante su discusión)<sup>12</sup> afronta una figura desconocida revistiéndola del ropaje de la personalidad jurídica con los atributos señalados en el artículo 545 del Código Civil.

Más grave nos parece, la falta de definición acertada y unitaria en nuestro medio del concepto de «empresa» como organización de factores productivos y el de «empresario» como sujeto que campea en la intermediación de bienes y servicios, el que sigue presentando una connotación más económica que jurídica, ámbito donde el concepto, a pesar de ser una actividad amparada por la Constitución Política del Estado (artículo 19 N° 21) en la práctica se descubre que la empresa presenta un carácter bastante heterogéneo, elástico y a veces dislocado, dependiendo de la disciplina que corresponda aplicar sea comercial (artículo 166 del Código de Comercio), laboral (artículo 4 inciso 2° del Código del Trabajo) o tributaria (artículo 69 inciso 2° del Código Tributario).<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Véase la intervención del Profesor Raúl Varela Morgan, Cámara de Diputados, Sesión 9ª, jueves 17 de octubre de 2002, página 81, en la que destaca la utilización de la sociedad de un solo socio como solución también para las grandes empresas como sucedió con el pago de la deuda subordinada en que la sociedad matriz era la única dueña del banco.

<sup>12</sup> Véase, Cámara de Diputados, Sesión 9ª, jueves 17 de octubre de 2002, páginas 81 y siguientes.

<sup>13</sup> Esta distinción es recogida por Wildo Moya Plaza, ob cit. página 226, quien señala que «frente al Código de Comercio la empresa individual de responsabilidad limitada sólo podrá considerarse dentro del concepto de 'empresa', en la medida que cumpla con los elementos propios de este último concepto».

## B. SU AFINIDAD CON OTRAS FIGURAS TÍPICAS

Ahora bien, dentro de la tradicional diferenciación de los entes ficticios que trata el Título XXXIII del Libro I Código Civil, la empresa individual bajo régimen de responsabilidad limitada, acompañada de personalidad jurídica, pasa a ser un sujeto de derecho autónomo con todos los atributos que se conceden a estas entidades, esto es un nombre, domicilio, capacidad de contraer derechos y obligaciones, patrimonio separado (compuesto de elementos tangibles e intangibles) y de ser representada por su constituyente o mandatario, judicial y extrajudicialmente y de forma independiente del titular.

Si se atiende a la forma de generación originaria de esta empresa, instituida a través de un acto jurídico unilateral, se asemeja a las fundaciones que trata el mismo Título en atención a que existe un constituyente y un patrimonio que se aporta pero se diferencia de ésta última por los fines lucrativos que persigue.

Por este motivo, a nuestro juicio y para no desvincularla de la nomenclatura de los sujetos de derecho comercial, la empresa individual como actividad de naturaleza propia y peculiar, debiera quedar incorporada como categoría reconocida por el Código de Comercio (artículo 348) ya no tan sólo porque la ley las somete a su disciplina cualquiera que sea su objeto (artículo 2º), sino porque, en último término, se les aplica el régimen jurídico supletorio que gobierna las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 18), lo que a su vez impone que ante el silencio del estatuto de la E.I.R.L. se deba recurrir a las reglas de las sociedades colectivas.

Se podrá tachar de incoherente esta conclusión, por ser un sujeto que se organiza en forma individual y no colectiva. Sin embargo, es el propio tenor de la ley el que nos empuja en dicha dirección toda vez que en su articulado se habla de escritura, inscripción, extracto, publicación, aportes, participación, objeto social (artículo 9º al referirse a las facultades de administración del titular de la empresa) y de normas de saneamiento a que nos remite el artículo 18 de la ley.<sup>14</sup>

## V. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SUPLETORIO DE LAS SOCIEDADES

Cabe anotar que la aplicación de este régimen supletorio de las sociedades de responsabilidad limitada e indirectamente de las colectivas estableci-

<sup>14</sup> *Ibidem*, ob. cit. página 226. En contra de nuestra postura destaca que por los rasgos jurídicos y diferencias entre esta figura y la sociedad se trata de «instituciones radicalmente distintas».

do en el artículo 18 de la nueva ley no puede llegar a ser irrestricta, al extremo de desnaturalizar estas entidades por una aplicación cerrada y rígida de dichas normas, olvidando el espíritu y finalidad de esta normativa que aparece vinculada en su origen y existencia a la persona y vicisitudes de su fundador.

Este carácter especial se pone de manifiesto en el artículo 4º en lo relativo al nombre de la empresa, que exige que contenga el nombre y apellido del constituyente persona natural; en el artículo 15 en que la muerte del titular se erige como causal de término de la empresa, salvo el plazo de sobrevivencia que el legislador acuerda a los herederos pero sólo por un año.

Por último, confirma la particularidad de esta directriz, el caso especialmente resuelto por la ley, sobre la quiebra y adjudicación de la empresa y de su patrimonio a un tercero (artículo 17), en que el legislador exige que el adjudicatario único (pensamos que podría ser persona natural o jurídica ya que el legislador no distingue) continúe con la empresa, subsistiendo la personalidad jurídica, pero realizando como nuevo titular las modificaciones y declaraciones prescritas en el artículo 6º, esto es, aquellas que digan relación o se identifiquen específicamente con la persona natural del titular original en armonía con la impronta unipersonal relevante de estas empresas.

## VI. CONSIDERACIÓN TIPOLÓGICA DE LA EMPRESA INDIVIDUAL EN EL DERECHO COMPARADO

Veamos brevemente qué sucede en otras latitudes.

En el ámbito del Derecho Comparado<sup>15</sup> mayoritariamente se observa una doble vertiente como marco para hacer gravitar la responsabilidad de una actividad empresarial en una sola persona.

Por una parte, se encuentran las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada también conocidas como «*one man company*».

De esta figura cabe destacar que conforme a nuestro Código Civil (artículo 2.053) su aceptación importa modificar los elementos que estructuran el contrato y la noción misma de entidad social, al no existir más que un solo socio y al no concurrir la voluntad plural de asociarse.

Lo anterior opera como elemento formal tanto para la validez originaria de la sociedad como también para el caso en que subsista la

<sup>15</sup> Véase, Cámara de Diputados, Sesión 9ª, jueves 17 de octubre de 2002, páginas 87 y siguientes. Véase González Castillo, ob. cit. páginas 9 a 37.

entidad en el supuesto en que se produzca la concentración sucesiva de todas las acciones en una sola mano lo que normalmente provocaría su disolución.

Este es el sistema que impera en la Comunidad Económica Europea (Duodécima Directiva), dejando de lado el caso francés en que se le denomina empresa individual pero que, en rigor, es un tipo de sociedad de responsabilidad limitada de socio único.

En esta dirección hay países que las admiten para aquellos casos de sociedades que quedan reducidas a un solo socio como consecuencia de la concentración deliberada o accidental de acciones y derechos sociales en una sola mano.

En otros países predomina la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada con personalidad jurídica, como sujeto de derecho distinto al fundador, cuya constitución no se encuentra subordinada a la pluralidad de voluntades de dos o más personas y que permite equiparar la responsabilidad del comerciante individual con el colectivo.

Este es el sistema establecido en la mayoría de los países americanos salvo el caso argentino en que tras varios intentos, aún se mantiene como Proyecto.

Un caso especial y que siempre se cita como el precursor de la figura es el del minúsculo Principado de Lichtenstein que desde 1926, no sólo considera la empresa unipersonal (*Einmannuntenehmung*) sino que las sociedades de capital de un solo socio (*Einmanngesellschaft*), figuras ambas inspiradas en los trabajos del comercialista austríaco Oscar Pizko<sup>16</sup> que se basa a su vez en la ley alemana de sociedades de responsabilidad limitada de 1892 y en la necesidad de extender a las empresas individuales el privilegio de la responsabilidad limitada.

El estudio de Pizko se fundamenta en la tesis de los patrimonios de afectación, vinculados a un destino y en la intangibilidad del patrimonio de la empresa que debe quedar inaccesible a los acreedores personales y además al titular para fines ajenos a la gestión de ésta.

Sin embargo, a pesar que lo que el estudio de Pizko persigue es un grado de autonomía suficiente del patrimonio destinado al ejercicio de la empresa, rechaza el otorgamiento de personalidad jurídica a esta figura ya que el velo de esta personalidad haría, en su opinión, problemática la aplicación de ciertas normas de derecho que miran a un comportamiento correcto y honesto del empresario, las cuales en el caso de una empresa personificada acaban por referirse a indivi-

<sup>16</sup> Angelo Grisoli; *Las sociedades con un solo socio*, (Madrid, 1976) páginas 45 y siguientes.

duos que al final nada tienen que ver con el empresario persona física.<sup>17</sup>

Cabe destacar, por último que en la mayoría de los países el mayor relieve legislativo lo alcanza la sociedad unipersonal de garantía limitada.

## VII. EN TORNO A SU NATURALEZA JURÍDICA

### A. EL PREDOMINIO DE LA IDEA DE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Con la naturaleza jurídica de las E.I.R.L. se designa la explicación técnica de los principios y consecuencias que configuran esta nueva forma de gestión empresarial.<sup>18</sup>

Hemos señalado que la nueva normativa (artículo 2º) reconoce personalidad jurídica a las E.I.R.L. confiriéndole una individualidad propia.

A esta persona jurídica se le transfieren bienes que se aportan en dinero o en especie al momento de su constitución originaria (artículo 4, letra c) o bien cuando ella sobreviene derivada de una transformación (artículo 14) por la reunión en manos de una sola persona de las acciones, derechos o participaciones en el capital de cualquier sociedad.

La postura adoptada por el legislador en orden a caracterizarla como sujeto de derecho trata de resolver el alejamiento de la doctrina clásica o subjetiva acerca de la indivisibilidad del patrimonio en cuya virtud, el patrimonio es considerado como un atributo o emanación de la personalidad, inseparable de la noción jurídica de persona.<sup>19</sup>

«Toda persona tiene un patrimonio y sólo puede tener un patrimonio» (Aubry y Rau).

Lo anterior explica que el derecho de prenda general de los acreedores se pueda ejercitar idealmente sin cortapisas, salvo los casos de inembargabilidad, sobre todo esa universalidad jurídica, esto es, un derecho que grava a un continente compuesto de bienes presentes y futuros que se subrogan y reemplazan continuamente, aun cuando, como se sabe, el propio legislador ha admitido limitaciones a este

<sup>17</sup> *Ibidem*, página 54.

<sup>18</sup> No «social» como erradamente señala la Ley, puesto que no se trata de una sociedad.

<sup>19</sup> Sobre esto hemos consultado, Bustamante Salazar, Luis, *El Patrimonio, Dogmática Jurídica* (Santiago, 1979); Figueroa Yañez, Gonzalo, *El Patrimonio*, (Santiago, 1991) páginas 575 a 593.

derecho de persecución y el principio de la unidad del patrimonio cede a favor de la pluralidad de patrimonios con un mismo titular. Así ocurre con los patrimonios separados como el reservado de la mujer casada o los peculios, las fundaciones, entre otras. Se debe resaltar entre nosotros la existencia del patrimonio específico del naviero compuesto por la llamada «fortuna de mar»<sup>20</sup> («*One ship, One company*»), integrada por la nave, los fletes y ciertos accesorios (artículos 992 y 1.066 del Código de Comercio), destinado a restringir el límite del cobro y de la acción de los acreedores, como, asimismo, las unidades económicas en las quiebras (artículo 125 de la Ley de Quiebras) por mencionar algunos casos en que el legislador lo autoriza.

Avanzando un poco más, la doctrina civilista de comienzos del Siglo XX (Bernard Windschied) siguiendo una postura más objetiva, desvincula el concepto de patrimonio de la noción de persona y permite a través de una declaración de voluntad del titular, adscribir este conjunto de bienes a fines determinados que se independizan de la personalidad de su titular, concebida como una masa autónoma unida a un destino económico o a un tráfico determinado.

Cabe señalar que antes de la promulgación de la Ley en Chile, la doctrina que estudiaba el concepto de limitación de responsabilidad en la empresa individual, suscribía esta última tesis configurándola como «*patrimonio de afectación*»<sup>21</sup> que no requiere de personalidad jurídica, constituido mediante una declaración unilateral de voluntad, compuesto por un conjunto de bienes y obligaciones estimables en dinero, reunidos en pos de alcanzar un fin permanente y específico de carácter empresarial».<sup>22</sup>

La ley de empresas individuales de responsabilidad limitada prescindió de estas «disquisiciones teóricas» y con un criterio más práctico

<sup>20</sup> Cornejo Fuller, Eugenio, *Derecho Marítimo Chileno*, (Valparaíso, 2003) N° IV.5.3, página 145 «De este modo, se integran al patrimonio específico o 'fortuna de mar', los fletes que correspondan al viaje en que ocurren los hechos que provocan la responsabilidad del naviero; además integran el patrimonio específico, por accesión a la propia nave, los beneficios que el armador pudiera haber logrado con ella, a través de los fletes de ese viaje causante de las responsabilidades. Finalmente, se agrega a dicho patrimonio, las remuneraciones que haya obtenido por servicios prestados en ese mismo viaje con la misma nave». La institución de la limitación es de antigua data en el Derecho Marítimo y en el Derecho Inglés se dice que «*it not a matter of justice but has its justification in convenience*», Chorley and Giles, Shipping Law. Eighth Edition (Southampton, 1987), página 394.

<sup>21</sup> Principalmente, el Profesor don Raúl Varela Varela que dictó un curso en 1943 acerca del tema en la Universidad Católica y Cruzat Paul, Gastón, *Patrimonios de afectación, La empresa individual de responsabilidad limitada*, Memoria de Prueba U. Chile (Santiago, 1945). Véase intervención del H. S. Sr. Zaldívar, Senado Sesión 8ª, martes 6 de julio de 1993, página 991.

<sup>22</sup> Velásquez Cabello, ob. cit. página 71.

que jurídico adoptó la postura de dotar de personalidad jurídica a la empresa, formalidad que no implica otorgarle independencia de su fundador, quien sin llegar a confundirse, mantiene su poder en la gestión y administración del patrimonio de la empresa y el patrimonio individual.

#### B. CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA COMERCIAL DE LAS E.I.R.L.

El artículo 2º de la Ley dispone que la empresa individual de responsabilidad limitada es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas.

Como se advierte la nueva ley fija la condición de comerciante de la E.I.R.L. haciéndola nacer como tal por la forma escogida por el empresario para ejercer su actividad<sup>23</sup>, aun cuando en la práctica no realice ningún acto de comercio.<sup>24</sup>

Por lo tanto, no es necesario acreditar la mercantilidad de la E.I.R.L. y tal como sucede en la sociedad anónima (artículo 1º Ley 18.046) el sello mercantil aparece prescrito por la forma en lugar de su objeto<sup>25</sup> el que emerge incluso aun cuando realice negocios de carácter civil.

De esta manera, el empresario puede ejercer actividades inmobiliarias o mineras, agrícolas o de enseñanza, las que a nuestro juicio serían realizadas con carácter de actividades accesorias o conexas de una actividad empresarial principal asociada a la venta de servicios o productos en que está presente la intermediación que es por ley un acto que se distingue por su naturaleza mercantil (artículo 2º de la

<sup>23</sup> Varela Varela, Raúl, *Derecho Comercial T.I.* (Santiago, 1959) página 192.

<sup>24</sup> El comerciante individual, en cambio, se hace comerciante por la repetición y profesionalidad (*professio et exercitum facit mercatorum*) con que realiza los actos mercantiles señalados en el artículo 3º del Código de Comercio.

<sup>25</sup> Acerca del principio de la comercialidad formal Vid. G. Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 17º Edit. par Michel Germain et Luis Vogel, t. I, (París, 1998), Nº 1160, página 911. La actual ley francesa de sociedades de 24 de julio de 1966 (artículo 12, párrafo segundo), atribuye un rol secundario al criterio del objeto al afirmar que «...*sont commerciales a raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés a responsabilité et les sociétés par actions...*», es decir agrupa casi todos los tipos sociales siendo la anónima la primera en ser declarada comercial por ley de 1893. La imposición legal de mercantilidad por la forma cualquiera sea su objeto, se observa también en España (artículo 3º Ley de 17 de julio de 1951); en México (artículo 4º de la Ley General de Sociedades Mercantiles); en Costa Rica (artículo 5, letra c del Código de Comercio); en Bolivia (artículo 126). En Argentina, la Ley 19.550, sobre sociedades comerciales, consagra la comercialidad de todas las sociedades contempladas en la ley, en razón del tipo legal adoptado con prescindencia del objeto estatutario (mercantilidad absoluta).

Ley desentrelados a través de una organización económica específica como sería el caso de este tipo de empresas,<sup>26</sup> excluyendo, claro está, aquellos negocios completamente ajenos a su ejercicio o fines).

A pesar de que la mercantilidad formal de las E.I.R.L. viene dispuesta por la propia ley (artículo 2º) como configuración de un determinado tipo profesional, el tema de la mercantilización de estas entidades tendrá sin duda importancia especial en materia de quiebra, ya que la actual Ley de Quiebras en sus artículos 41 y 43 Nº 1 y 52 Nº 1, referidos al deudor calificado (comerciante, industrial minero o agricultor) ha dado pie a una interpretación, que no compartimos, en el sentido de que se exija para la apertura del concurso un antecedente adicional cual es su giro efectivo y real<sup>27</sup> esto es el dato fáctico del ejercicio concreto de una actividad comercial, lo cual a nuestro juicio favorece la incertidumbre en torno al régimen aplicable al deudor que ejerce una actividad calificada.

## VIII. DOS CONCLUSIONES

De lo que hemos expuesto, surgen dos ideas que pueden constituir las conclusiones de nuestro estudio:

1º) La creación de las E.I.R.L. resuelve un problema proveniente de la realidad económica donde éstas operan particularmente de las pequeñas y medianas empresas con el objeto de estimular su desarrollo y adaptarlas a un régimen legal conocido.

2º) Denominador común de esta figura comercial es su carácter de negocio «parasocietario». En efecto, se trata al fin de una figura híbrida de aspectos mixtos o combinados entre fórmulas típicas como la fundación (unilateral) y las sociedades (régimen jurídico) en que el objetivo final es lograr que la persona natural no comprometa su patrimonio personal o familiar.

<sup>26</sup> Véase Mora, Fernando, *Introducción al estudio del derecho comercial, Teoría de la empresa en el derecho comercial costarricense*, (San José, 1982), página 96. Arias-Córdoba, Fabio Alberto, «El concepto de acto de comercio como materia delimitadora de nuestro derecho», en *Revista Acta Académica*, Universidad Autónoma de Centro América, (1997) Nº 20, páginas 133 a 166. En Italia el empresario agrícola está expresamente excluido de la quiebra por el artículo 2.136 del Código Civil en la medida que su actividad no se encamina a la producción o circulación de bienes y servicios. Vid. Provinciali, Renzo, *Manuale di Diritto fallimentare*, (Milano, 1969), páginas 168 y siguientes.

<sup>27</sup> Sobre el tema de la exigencia de una actividad comercial como requisito para solicitar la declaración de quiebra véase, G. Farina «Assogetabilità al fallimento di società commerciale che non esercitano attività imprenditrice», *Rivista di Diritto Fallimentare*, Año 1967, t.II, páginas 423 y siguientes.



## CONSTITUCIÓN, TRANSFORMACIÓN Y FUSIÓN DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

JOSÉ IGNACIO DÍAZ VILLALOBOS  
*Magíster en Derecho*  
*Universidad de Duke (EE.UU.)*  
*Profesor Derecho Comercial*  
*Universidad de los Andes*

### I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 11 de febrero de 2003 se publicó la Ley 19.857, la cual autorizó el establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (en adelante «E.I.R.L.» o «empresas»).

Esta Ley, cuyo origen se encuentra en una moción presentada por los senadores doña Olga Feliú y don Sergio Fernández en 1992, persigue incentivar el desarrollo de nuevas iniciativas de pequeños empresarios y formalizar actividades empresariales de personas que no lo han hecho porque actúan bajo el amparo de sociedades de hecho o de sociedades simuladas, todo desde un punto de vista netamente práctico. La misma moción que dio inicio a la discusión parlamentaria de la Ley 19.857 indicaba que *«el proyecto, más que a disquisiciones teóricas, quiere responder a los problemas prácticos que hoy existen y si, al conjunto de bienes y obligaciones bajo un titular que proponemos reconocer con individualidad propia, se le da un carácter un poco diferente, ello no sería relevante siempre que no se pierda de vista la finalidad general perseguida. 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*

*para hacerlo respecto de una, la cual, probablemente desplegará con mayores frutos su actividad».*

Contrariamente a lo que podría haberse pensado como un paso natural en el desarrollo doctrinario nacional, el legislador en vez de permitir derechamente las sociedades unipersonales, creó esta nueva figura con una naturaleza jurídica distinta. Las E.I.R.L. son personas jurídicas con patrimonio propio distinto del titular, que pueden realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, salvo las reservadas por ley a las sociedades anónimas y de carácter mercantil por definición. Sin perjuicio de lo anterior, a esta nueva institución se le aplica supletoriamente las normas de la sociedad comercial de responsabilidad limitada.

El objeto del presente artículo es analizar la constitución, transformación y fusión de las E.I.R.L., lo cual, veremos, no es proceso de análisis simple. Para ello en primer lugar se analizarán las mismas normas dadas por la ley 19.857, pero cuando estas normas no sean suficientes, tendremos que recurrir a las normas que regulan las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, y por tanto, aplicar las normas de la Ley 3.918 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada, las normas sobre el contrato de sociedad del Código de Comercio, a su vez las normas del contrato de sociedad del Código Civil, e incluso ciertas normas de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, especialmente en materia de fusión. Asimismo, por expresa disposición de la Ley 19.857, las normas sobre saneamiento de vicios de nulidad establecidas en la Ley 19.499 se aplican en este tipo de empresas.

## II. CONSTITUCIÓN DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES

La Ley 19.857 estableció como notas características del acto constitutivo de las E.I.R.L. el que éste debe ser unilateral y solemne.

### 1. ACTO UNILATERAL

La constitución de una E.I.R.L. es un acto unilateral por cuanto basta la mera voluntad del empresario para que la E.I.R.L. se forme y constituya. Este acto unilateral es simple, y no sinalagmático imperfecto, por cuanto el acto no puede devenir en bilateral, o mejor dicho, si deviene en bilateral (sociedad) deja de existir la E.I.R.L. pasando a existir algún tipo de estructura contractual societaria. Lo anterior no es

consecuencia de una prohibición legal, sino más bien consecuencia de una condición esencial presente en las E.I.R.L., el ser una empresa individual.<sup>1</sup> Se ha mencionado también que podría estimarse el acto fundacional de la E.I.R.L. como un acto de auto contratación.<sup>2</sup> Es difícil aceptar esta posibilidad porque en verdad el empresario efectúa un acto fundacional que no afecta el patrimonio de la E.I.R.L. sino más bien lo establece.

El hecho que la Ley autorice el establecimiento de personas jurídicas a partir de una voluntad unipersonal no es una novedad en nuestro sistema jurídico. El mismo Código Civil lo permite en el caso de las fundaciones de beneficencia pública,<sup>3</sup> e incluso, las leyes mercantiles tampoco son ajenas a esta situación. Por ejemplo, la Ley número 19.396 que dispuso un nuevo tratamiento de la obligación subordinada de determinados bancos comerciales con el Banco Central de Chile, dispuso la posibilidad de la creación de sociedades unipersonales, siendo en tal caso el titular de dichas sociedades unipersonales una persona jurídica.<sup>4</sup> Asimismo, la Ley 19.705 de 20 de diciembre de 2000 incorporó el artículo 69 ter a la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas,<sup>5</sup> el cual obliga a una persona (no distinguiendo si es natural o jurídica) que, como consecuencia de cualquier adquisición, alcanza o supera los dos tercios de las acciones emitidas con derecho a voto de una sociedad que haga oferta pública de sus acciones a hacer una oferta pública de adquisición de las acciones restantes. El inciso final de este artículo señala que en el evento que el oferente adquiriese el 100% de las referidas acciones la sociedad no se disuelve, salvo el consentimiento del único accionista.

Surge la duda de si esta voluntad unipersonal para establecer una E.I.R.L. puede ser expresada tanto por una persona natural o también por una persona jurídica. En nuestro ordenamiento jurídico todo tipo de personas, tanto naturales como jurídicas pueden efectuar actos jurídicos unilaterales.

<sup>1</sup> En el *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento* recaído en el proyecto de ley presentado por la Honorable Senadora Señora Feliú y el Honorable Señor Fernández que autoriza el establecimiento de las E.I.R.L. se da al término «individual» la denotación de pertenecer o ser establecido a una sola persona física, carácter que la distingue de las sociedades.

<sup>2</sup> Ver en Cruzat Paul, Gastón, *Patrimonio de afectación. La empresa individual de responsabilidad limitada*, Memoria de Prueba. Universidad de Chile, Santiago, 1945, páginas 43 y siguientes.

<sup>3</sup> En este sentido ver artículo 562 del Código Civil.

<sup>4</sup> Por ejemplo, este es el caso de la sociedad SAOS S.A., la cual es controlada en un 100% por la Sociedad Matriz del Banco de Chile S.A.

<sup>5</sup> Artículo 2º número 18 de la Ley 19.705.

En primer lugar es claro que las personas físicas pueden constituir este tipo de empresas. El artículo 1° de la Ley 19.857 establece que «se autoriza a toda persona natural el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, con sujeción a las normas de esta ley». Vale decir, la Ley claramente facultó a las personas naturales, nacionales o extranjeras, en la creación de las E.I.R.L.

Con respecto a las personas jurídicas, la Ley 19.857 nada dice. Ya hemos señalado que nuestro ordenamiento legal ha permitido la existencia de sociedades controladas por una persona jurídica. Tampoco se ve una especial limitación en cuanto a la capacidad de dichas personas. Sin embargo, la Historia de la Ley es clara en cuanto a este punto, y en ella se expresa claramente que la fundación de este tipo de persona jurídica se limita a las personas naturales.<sup>6</sup>

En cuanto a la capacidad de las personas naturales para la constitución de una E.I.R.L. debemos recurrir a las normas generales, por cuanto las menciones que el Proyecto de Ley contenía al respecto fueron finalmente eliminadas. Para ello debemos considerar que las E.I.R.L. son siempre de carácter mercantil y que además a este tipo de personas jurídicas se les aplica supletoriamente las normas de la sociedad comercial de responsabilidad limitada.<sup>7</sup>

La Ley 3.918 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada nada agrega al respecto, por cuanto la única disposición sobre capacidad que dicha ley establece se refiere a la mujer casada en sociedad conyugal (inciso final del artículo 4° de dicha ley) la cual entendemos derogada tácitamente en virtud de la Ley 18.802 del año 1989 que reformó al Código Civil en materia de capacidad de la mujer casada. Por lo anterior debemos remitirnos a las normas de la sociedad colectiva mercantil a fin de encontrar las normas de capacidad que se aplican en las E.I.R.L.

El artículo 349 del Código de Comercio dispone que:

«Puede celebrar el contrato de sociedad toda persona que tenga capacidad para obligarse.

<sup>6</sup> En este sentido cabe destacar lo expresado en el *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento* recaído en el proyecto de ley presentado por la H.S. Señora Feliú y el H.S. Señor Fernández que autoriza el establecimiento de las E.I.R.L. En este informe se expresa «la posibilidad de que la empresa sea también constituida por una persona jurídica es, teóricamente, inobjetable. Pero a su juicio [del autor] no responde a los fundamentos que la institución reconoce en la realidad económico-social; ella no se propone para proteger los capitales de otras entidades jurídicas, sino para estimular al comerciante individual y preferentemente a la pequeña empresa». Senado de la República de Chile, Sesión Séptima, páginas 940 y siguientes.

<sup>7</sup> Artículo 18 de la Ley 19.857.

«El menor adulto y la mujer casada que no esté totalmente separada de bienes necesitan autorización especial para celebrar una sociedad colectiva.

La autorización del menor será conferida por la justicia ordinaria, y la de la mujer casada por su marido»

Respecto al primer inciso existe una discusión doctrinaria, ya para algunos éste repite el artículo 1446 del Código Civil, es decir, los incapaces pueden celebrar el contrato actuando de conformidad con su estatuto propio, o, según sostienen otros, se agrega un requisito adicional de capacidad de ejercicio, la misma capacidad que el artículo 7° del Código de Comercio exige para ser considerado comerciante, o sea, los incapaces no podrían celebrar el contrato de sociedad colectiva mercantil, y por ende, no podrían constituir E.I.R.L.<sup>8</sup>

Con respecto a los menores adultos, éstos requieren de autorización judicial, sin perjuicio que de acuerdo a lo establecido en el artículo 10° del Código de Comercio, si el menor administra un peculio profesional y constituye una E.I.R.L., quedará obligado hasta concurrencia de un peculio y sometido a las leyes del comercio. Finalmente, respecto a la mujer casada, entendemos que ella no requiere de autorización alguna de su marido luego de las modificaciones del Código Civil incorporadas por la Ley 18.802, y podrá libremente constituir una E.I.R.L. en caso que actúe de acuerdo al artículo 150 del Código Civil, es decir, separada parcialmente para estos efectos.<sup>9</sup>

Finalmente, hacemos mención que toda persona natural con capacidad para ello podrá constituir una o más E.I.R.L. ya que la Ley 19.857 no ha establecido limitación alguna al respecto.

## 2. ACTO SOLEMNE

Siguiendo la línea de las personas jurídicas de carácter industrial, el acto constitutivo de las E.I.R.L. se hace a través de un acto solemne. El artículo 3° de la Ley 19.857 se encarga de señalar qué tipo de solemnidad debe reunir tal acto para ser eficaz en el ordenamiento jurídico, a saber, por medio del otorgamiento de una escritura pública, un extracto que deberá ser publicado en el Diario Oficial e inscrito en el Registro de Comercio, lo anterior dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la escritura.

<sup>8</sup> Al respecto ver Puelma Accrosi, Álvaro, *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Agosto de 2001, páginas 250 y siguientes.

<sup>9</sup> Ya que se aplican las normas generales, se puede entender que se haya eliminado el inciso segundo presente en el artículo 1° del proyecto original de esta ley.

Vemos que la Ley 19.857 ha seguido la misma publicidad que requieren los dos tipos societarios de mayor uso en el sistema jurídico nacional, las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, esta última, como ya lo hemos señalado, norma supletoria de las E.I.R.L.

### 3. REQUISITOS DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE CONSTITUCIÓN

El artículo 4° de la Ley 19.857 establece los requisitos que debe contener la escritura pública de constitución de una E.I.R.L. Hacemos notar que en el encabezado de dicho artículo se establece que «en la escritura, el constituyente expresará *a lo menos*». Lo anterior quiere decir que en la escritura de constitución al menos deben especificarse las menciones que dicho artículo establece, pero además pueden existir otras menciones distintas, como, por ejemplo, la forma de verificar la liquidación del capital de la empresa.

Surge la duda de si estas menciones distintas a las señaladas en el artículo 4° de la Ley 19.857 deben necesariamente ser incorporadas en la escritura pública fundacional. Si nos remitimos a lo establecido por el artículo 353 del Código de Comercio, aplicable a las E.I.R.L. en virtud del artículo 18 de la Ley 19.857, el cual establece que no se admitirá prueba alguna contra el tenor de la escritura constitutiva, ni aun para justificar la existencia de pactos no expresados en ella, creemos que dichas otras menciones deben necesariamente ser parte de la escritura constitutiva. Refuerza lo anterior el carácter individual de la E.I.R.L. y que dar un mayor conocimiento de la regulación de la empresa redundará en una mayor seguridad de los terceros que contratan con ella.

El artículo 4° de la Ley 19.857 establece como menciones obligatorias de la escritura constitucional de la E.I.R.L. las siguientes:

#### a) Individualización del Empresario

La escritura pública debe expresar el nombre, apellidos, nacionalidad, estado civil, domicilio y edad del empresario constituyente. Recordemos que estas menciones también las requiere el artículo 405 Código Orgánico de Tribunales para el otorgante de una escritura pública, a excepción de la edad del constituyente. En todo caso, ya que nada obsta a que el constituyente comparezca representado en la escritura de constitución de una E.I.R.L., dicha escritura pública debería contener las menciones establecidas en el Código Orgánico

de Tribunales con respecto al representante del empresario, y además, las menciones antes señaladas respecto del constituyente.

El requisito de la edad del constituyente, que en la Historia de la Ley sólo se hace referencia a él como un elemento de individualización del constituyente, es relativamente inédito. Algunos autores lo consideran injustificable<sup>10</sup> y otros discriminatorio,<sup>11</sup> aunque podría entenderse que este elemento de identificación busca informar a terceros acerca de la duración de la empresa.<sup>12</sup>

Llama la atención que el legislador no haya incluido como mención de individualización del titular su profesión, mención que sí señala el referido artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales. Si bien no existe relación alguna entre la profesión del empresario y el giro de la E.I.R.L., parece importante que los terceros pudieran de esta forma conocer y sopesar acerca de la viabilidad y profesionalización de la E.I.R.L. creada.

#### b) Nombre de la E.I.R.L.

La escritura debe incluir el nombre de la empresa, el que debe contener:

- (i) el nombre y apellido del constituyente,
- (ii) las actividades económicas que constituirán el objeto o giro de la empresa,
- (iii) las palabras «empresa individual de responsabilidad limitada» o la abreviatura «E.I.R.L.».

Con respecto al primer requisito del nombre de la E.I.R.L., la ley permite agregar adicionalmente al nombre del constituyente un nombre de fantasía. De acuerdo a la Historia de la Ley, esta facultad de

<sup>10</sup> Román Rivera, Ricardo, *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, Editorial Metropolitana, Primera Edición, 2003. El autor considera en este sentido que «la verdad de las cosas es que esa exigencia no se justifica, porque no se ve motivo alguno en el caso de una E.I.R.L. hay[al] que acreditar vía indicación de la edad que se es capaz y no en el resto de las sociedades y demás actos jurídicos en general».

<sup>11</sup> Sandoval López, Ricardo. «Comentarios sobre la Ley 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada», *Gaceta Jurídica*, Año 2003, Número 274, páginas 16 y siguientes. Este autor señala que «destaca el hecho que entre estos datos haya que incluir la edad de la persona que funda la empresa, porque esta exigencia podría convertirse en un inconveniente o un elemento de discriminación. En verdad, primero es preciso que la persona confiese su edad y luego tanto en el caso en que dicha edad sea avanzada como en el evento que sea la mínima para tener capacidad jurídica plena, esta circunstancia podría inducir a que no se contrate con la empresa o a que no se le conceda crédito, no obstante que la entidad es una persona jurídica diversa de su titular».

<sup>12</sup> En este sentido ver Medina Herrera, Andrés, «Estructura jurídica de las E.I.R.L., constitución y modificación», en publicación del *Colegio de Abogados de Chile*, Santiago, abril 2003.

agregar un nombre de fantasía se debe al hecho de estar habilitado el constituyente de crear más de una E.I.R.L. y el nombre de fantasía cumpliría un rol diferenciador entre ellas.<sup>13</sup> Sin embargo, este nombre de fantasía no forma parte de su denominación legal ni puede utilizarse para obligar jurídicamente a la E.I.R.L.<sup>14</sup>

Hacemos presente que a diferencia de las sociedades de responsabilidad limitada, substrato jurídico de las E.I.R.L., la razón de la empresa copulativamente incluye el nombre del constituyente y el giro de la empresa, y no disyuntivamente como lo establece el artículo 4° de la Ley 3.918 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Finalmente, en el nombre de la empresas se debe identificar el régimen jurídico de esta persona jurídica, incluyendo la expresión «empresa individual de responsabilidad limitada» o la abreviatura «E.I.R.L.». La omisión de este requisito importa la nulidad del acto constitutivo en virtud de lo establecido en el artículo 7° de la Ley 19.857 y no meramente conlleva una consecuencia en la responsabilidad del empresario.

### c) Capital de la Empresa

La letra c) del artículo 4° de la Ley 19.857 establece que la escritura de constitución de una E.I.R.L. debe señalar el «monto del capital que se transfiere a la empresa, la indicación de si se aporta en dinero o especies y, en este último caso, el valor que se le asigna».

Cabe resaltar la importancia de esta mención, ya que de acuerdo al artículo 8° de la Ley 19.857 este capital indica los límites de la responsabilidad tanto de la E.I.R.L. («la empresa responde exclusivamente por las obligaciones contraídas dentro de su giro, con todos sus bienes», siendo sus bienes el capital de la misma), como también limita la responsabilidad del empresario, («el titular de la empresa responderá con su patrimonio sólo del pago efectivo del aporte que se hubiere comprometido a realizar en conformidad al acto constitutivo y sus modificaciones»).

Sin embargo, la técnica legislativa utilizada para incluir el capital como una de las menciones obligatorias en la escritura de constitu-

<sup>13</sup> Proposición del Diputado Bertolino «si se faculta a los propietarios de estas empresas para ponerles, al menos, su nombre y apellido, [por qué] no podrían también operar con un nombre de fantasía. En esas condiciones, por ejemplo, un persona que tiene una actividad profesional con su nombre y, además, una sociedad [sic] individual de responsabilidad limitada, podría administrar dos empresas reales sin que el nombre se preste a confusión». Sesión Duodécima de la Cámara de Diputados, jueves 31 de octubre de 2002.

<sup>14</sup> En este sentido, seguimos lo señalado por Sandoval López, Ricardo, en ob. cit.

ción de una empresa genera numerosos vacíos que provocarán discusión en el futuro. En primer lugar, no se indica si el capital debe enterarse en el acto constitutivo o si el empresario posee un plazo para efectos de enterarlo. La lectura del artículo 8° de la Ley 19.857 antes mencionado hace creer que el empresario tiene un plazo para su entero al hacer mención del «*aporte que se hubiere comprometido*». Comprometer, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española es contraer un compromiso, y compromiso es una obligación contraída. Establecido que el capital puede enterarse dentro de un plazo, surge la interrogante de cuál es el plazo que tiene el empresario para honrar la obligación contraída.

El Proyecto de 1991 presentado por los senadores doña Olga Feliú y don Sergio Fernández establecía un capital mínimo de 15 Unidades Tributarias Anuales y un plazo de 60 días para el entero de los aportes en dinero y la forma de aportar los inmuebles, todos lo cual fue suprimido en la Cámara de Diputados. En virtud de este silencio legal, debemos recurrir a las normas supletorias, por lo cual se aplicará el artículo 378 del Código de Comercio, el cual establece que el entero del capital debe efectuarse en la época y forma estipulada en la escritura de constitución, y a falta de estipulación, la entrega debe hacerse en el domicilio social luego que la escritura se haya firmado.

El hecho que la Ley 19.857 no haya establecido la disminución de pleno derecho del capital en el evento de su no entero dentro de un plazo determinado, unido a que no existen «socios» que tengan interés directo en exigir el pago del capital ejerciendo para tal efecto los derechos que el Código de Comercio establece al respecto, esto es, la posibilidad de excluir al moroso o proceder ejecutivamente contra su persona y bienes,<sup>15</sup> puede resultar en que el capital no se entere en definitiva o se entere de forma limitada, pudiendo en tal caso afectar los derechos de los acreedores.

En relación a las normas de la sociedad de responsabilidad limitada, supletorias de las E.I.R.L., mucho se ha discutido en doctrina si los acreedores podrían demandar oblicuamente —en nombre de la sociedad, empresa en este caso— al socio/empresario a fin de que proceda al entero del capital prometido. Al respecto, la doctrina mayoritaria ha estimado que no es posible para los acreedores subrogarse en tal acción.<sup>16</sup> Es por esto que autores como ROMAN RIVERA, RI-

<sup>15</sup> Ver artículo 379 del Código de Comercio.

<sup>16</sup> El artículo 4° de la Ley 3.918 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada dispone que a este tipo de sociedades le serán aplicables las disposiciones de los artículos 455 y 456 del Código de Comercio. Ambas disposiciones se encuentran derogadas en virtud de la Ley

CARDO<sup>17</sup> y GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL<sup>18</sup> estiman que esta es una oportunidad única para que la Jurisprudencia «cree» Derecho con el objeto de poder cautelar el aporte real del aporte prometido y los derechos de los acreedores.

Otro problema relativo al capital de la E.I.R.L. es la forma de valorización que debe hacerse de los aportes en especies. Nuevamente debemos recurrir a las normas supletorias de la E.I.R.L. ya que nada dice la Ley 19.857 al respecto. Es así que esta valorización recaería soberanamente en el empresario constituyente, por aplicación del artículo 352 N°4 del Código de Comercio. Sin embargo, una sana práctica comercial indicaría que el empresario debería efectuar esta valorización tomando en cuenta datos objetivos o entregando ésta a un perito.<sup>19</sup>

También es posible discutir la posibilidad del aporte del trabajo del empresario. La posibilidad del aporte del trabajo, prohibida en la sociedad anónima, es permitida en la sociedad de responsabilidad limitada. Dado el carácter supletorio de dicho tipo de sociedades con respecto a la Ley 19.857, una primera opinión podría ser el permitir este tipo de aportes, lo cual no contraviene el hecho que se tenga que aportar un capital (como contrario a industria), expresión también utilizada por el artículo 352 N°4 del Código de Comercio. Debe hacerse presente que existe doctrina que ha sido reacia en este respecto, para lo cual deben buscar argumentos ajenos al texto mismo de la Ley. Por ejemplo, Andrés Medina estima que deben seguirse las reglas generales de la materia y entender que el trabajo no forma parte del capital y, por lo tanto, no puede aportarse a estas personas jurídicas el trabajo del empresario.<sup>20</sup>

---

18.046, pero aplicables para la sociedades de responsabilidad limitada. Dicho artículo 456 del Código de Comercio establece que «los accionistas son directa y exclusivamente responsables a la sociedad de la entrega del valor de sus acciones. Los terceros sólo podrán reclamarla en virtud de una cesión en forma y a cargo de sufrir al efecto de todas las excepciones que el accionista tenga contra la sociedad».

<sup>17</sup> Roman Rivera, Ramón, ob. cit.

<sup>18</sup> González Castillo, Joel, *Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada*, Editorial LexisNexis, Primera Edición, 2003.

<sup>19</sup> Como señalábamos más arriba, algunos autores estiman que la constitución de una E.I.R.L. puede ser considerada como una auto contratación entre el empresario y la empresa, persona jurídica distinta de aquél. En este sentido, el empresario debería considerar el punto dado que una sobrevalorización de sus aportes en especie podría ser constitutivo de delito de acuerdo al artículo 471 del Código Penal, cuya pena se vería aumentada en un grado de acuerdo al artículo 9° de la ley 19.857.

<sup>20</sup> Cfr. Medina Herrera, Andrés, ob. cit. página 20. En igual sentido Sandoval López, Ricardo el cual estima que la efectividad del capital exige que no pueda hacerse aportes de trabajo o industria por el titular de la E.I.R.L.

## d) Giro de la empresa

La letra d) del artículo 4° de la ley 19.857 establece que la escritura debe contener «la actividad económica que constituirá el objeto o giro de la empresa y el ramo o rubro específico en que dentro de ella desempeñará».

Esta mención de la escritura de constitución de la E.I.R.L. contiene una limitación al establecer, por el uso del artículo «el», que la empresa sólo podrá tener un giro u objeto, sin perjuicio que lo anterior es discutible en virtud de lo establecido en la mención referida al nombre de la empresa, donde se indica que éste debe contener «las actividades económicas que constituirán el objeto de o el giro de la empresa».

El objeto o giro además debe indicar el ramo o rubro<sup>21</sup> específico en que dentro de la actividad económica desempeñará, lo cual indica que el giro de la E.I.R.L. no sólo es único sino también específico.

El giro de la empresa está limitado también, en virtud del artículo 2° de la Ley 19.857, a no poder efectuar las operaciones reservadas por la ley a las sociedades anónimas. En este sentido, no será posible para este tipo de empresas realizar actividades bancarias, tener como giro los seguros, la administración de fondos de pensiones, el corretaje de valores, la securitización de créditos, entre otros.

El giro u objeto de la empresa además de indicar las actividades propias que realizará la empresa, determina el ámbito de responsabilidad de la empresa y su constituyente. El artículo 8° de la Ley 19.857 establece que «la empresa responde exclusivamente por las obligaciones contraídas dentro de su giro, con todos sus bienes». Agrega el artículo 12 de la misma Ley, que el «titular responderá con sus bienes por los actos y contratos efectuados fuera del objeto de la empresa, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos».

## e) Domicilio de la empresa

Indica la letra e) del artículo 4° de la Ley 19.857 que es una mención de la escritura el «domicilio de la empresa».

A pesar que claramente el artículo 7° de la Ley 19.852 establece que la omisión de alguna de las solemnidades establecidas en el artículo 4°

<sup>21</sup> Algunos autores como Sandoval López, Ricardo, entienden que esta mención de la ley a «ramos o rubros» hace una referencia implícita a la lista que el Servicio de Impuestos Internos ha elaborado.

importará la nulidad absoluta del acto respectivo, cierta doctrina estima que por aplicación de las normas supletorias de las E.I.R.L. debe entenderse, de acuerdo al artículo 355 del Código de Comercio, domiciliada en el lugar del otorgamiento de la escritura en caso de la omisión de esta mención.<sup>22</sup>

#### f) Duración de la E.I.R.L.

Finalmente, la letra f) del tantas veces citado artículo 4° de la Ley 19.857 establece que la escritura debe contener «el plazo de duración de la empresa, sin perjuicio de su prórroga. Si nada se dice, se entenderá que su duración es indefinida».

El plazo de duración que el empresario puede estipular en la escritura puede ser uno fijo, por ejemplo 20 ó 30 años, uno prorrogable, lo cual es una práctica en el caso de las sociedades de responsabilidades limitadas, o establecer uno indefinido. Sin embargo, el hecho del establecimiento del plazo siempre deberá ser sometido a escrutinio en referencia al hecho de la muerte del empresario, ya que tal circunstancia le pondrá fin a la E.I.R.L.

Además, el no establecer un plazo de duración de la empresa no importa la nulidad de la misma, ya que la misma letra f) se encarga de señalar que en tal evento la duración será indefinida.

La única importancia del establecimiento del plazo en la escritura de constitución estará radicada en la posibilidad de poner término a la empresa por la mera voluntad del empresario, facultad concedida por la Ley 19.857 en su artículo 15 letra a). Esta voluntad sólo podrá ser ejercida por el empresario en la circunstancia que el plazo fuere indefinido, sea porque así fue establecido en la escritura fundacional o porque no se haya fijado plazo alguno. Si en la escritura se ha determinado un plazo fijo o renovable, no podrá el empresario ponerle término por su mera voluntad en virtud del principio del *pacta sum servanda* y de protección a los terceros de buena fe.

#### 4. REQUISITOS DEL EXTRACTO

Además de la escritura pública, el artículo 5° de la ley 19.857 establece como solemnidad, que dentro de los sesenta días de la fecha de la escritura, publicar por una vez en el Diario Oficial e inscribir en el Registro de Comercio del domicilio de la empresa, un extracto de la escritura pública autorizado por el Notario ante quien se otorgó escritura.

<sup>22</sup> Cfr. Roman Rivera, Ramón, ob. cit. página 251.

Este extracto debe contener un resumen de las menciones señaladas en el artículo 4° de la Ley 19.857. Como lo señala SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO,<sup>23</sup> resulta curioso que la Ley ordene incluir en el extracto un resumen de las menciones obligatorias de la escritura de constitución, ya que de acuerdo al sentido natural de la palabra «extracto», éste se refiere a un resumen, lo que podría llevar a entender que este resumen consiste en incluir algunas, pero no todas, las menciones de la escritura constitucional, lo cual es absurdo.

En virtud de la aplicación de las normas supletorias de la Ley 19.857, este extracto deberá contener además la fecha de la escritura social y la designación y domicilio del notario ante quien se extendió.<sup>24</sup>

La inscripción y publicación del extracto tiene efecto retroactivo a la fecha de la escritura constitutiva.<sup>25</sup>

## 5. MODIFICACIÓN DE LA ESCRITURA CONSTITUCIONAL

El artículo 6° de la Ley 19.857 expresa que «toda modificación a las menciones señaladas en el artículo 4°, deberá observar las solemnidades establecidas en el artículo 3°. En el extracto deberá hacerse referencia al contenido específico de la modificación».

Respecto de toda modificación a la escritura constitucional de una empresa que se refiera a una de las menciones del artículo 4°, será necesario otorgar una escritura pública y también efectuar una publicación en el Diario Oficial e inscripción en el Registro de Comercio de un extracto de dicha escritura dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la escritura de modificación. Este extracto deberá contener una referencia específica de la modificación. Además, por aplicación del artículo 34 del Reglamento para el Registro de Comercio, deberá contener dicho extracto la referencia de la empresa, fecha de su constitución y de la escritura que establece las modificaciones con la designación y domicilio del notario ante quien se extendió.

En el evento que se modifique alguna mención de la escritura constitucional no indicada en el artículo 4°, bastará sólo la escritura pública de modificación<sup>26</sup> sin que deba cumplirse con los trámites de publicación e inscripción antes referidos.

<sup>23</sup> Cfr. Sandoval López, Ricardo ob. cit. página 23.

<sup>24</sup> Artículo 354 del Código de Comercio y 30 del Reglamento para el Registro de Comercio.

<sup>25</sup> Artículo 355A del Código de Comercio.

<sup>26</sup> Como ya se explicó más arriba, por aplicación del artículo 353 del Código de Comercio se requerirá escritura pública.

## 6. NULIDAD Y SANEAMIENTO

Según el artículo 7° de la Ley 19.857, la omisión de alguna de las solemnidades de los artículos 4°, 5° y 6°, importará la nulidad absoluta del acto respectivo. Declarada esta nulidad por el tribunal, el empresario responde personal e ilimitadamente de las obligaciones que contraiga en el giro de el empresa.

Sin perjuicio de la gravedad de la sanción impuesta por la ley, la parte final del artículo 7° referido atenúa sus efectos al establecer que lo anterior es sin perjuicio del saneamiento, lo cual se relaciona con lo estipulado con el artículo 18 de la Ley 19.857, el cual establece que respecto a las E.I.R.L. se aplicarán «las disposiciones legales y tributarias, aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, *incluyendo las normas sobre saneamiento de vicios de nulidad, establecidas en la ley N° 19.499*».

Dicha Ley 19.499 distingue al efecto tres tipos de vicios que pueden ocurrir en la constitución o modificación de sociedades, y en este caso, de empresas. Los vicios de fondo que no son saneables; los vicios formales que se sanean de acuerdo al procedimiento establecido por dicha ley, y los errores, que no requieren ser saneados.

Los vicios de fondo se refieren a aquellos defectos relativos al contenido de las escrituras que implican la privación de algún elemento esencial al concepto de sociedad o algún vicio de carácter substancial de general aplicación a los contratos.<sup>27</sup>

Aplicando dicha normativa para el caso de las E.I.R.L., vicios de fondo serían aquellos defectos relativos al contenido de las escrituras que implican la privación de algún elemento esencial al concepto de empresa o algún vicio de carácter substancial de general aplicación a los actos jurídicos. De esta forma, no podrían ser saneados en virtud del procedimiento establecido por la Ley 19.499, aquellos vicios que se produzcan como consecuencia de la constitución de la empresa por una persona jurídica, o por dos personas naturales, o que tenga un objeto no lucrativo, entre otras. También constituiría un vicio de fondo no saneable el hecho que la empresa tuviera un objeto ilícito o el empresario no tuviera la capacidad suficiente para la constitución de una E.I.R.L.

Los vicios formales son aquellos que «consisten en el incumplimiento de una solemnidad legal, tales como la inscripción o publicación tardía del extracto de la escritura, o la falta de cumplimiento o

<sup>27</sup> Artículo 1° de la Ley 19.499.

cumplimiento imperfecto de las menciones que la ley ordena incluir en las respectivas escrituras como, por ejemplo, lo relativo a la razón social».<sup>28</sup>

Agrega la Ley 19.499 que para que la nulidad por vicios formales sea saneable es necesario que los actos consten por escritura pública, o instrumento reducido a escritura pública o protocolizado. Si faltara alguno de los anteriores instrumentos, no podría sanearse la nulidad. Sin embargo, en el caso de la E.I.R.L. «como la ley señala que la omisión de alguna de las solemnidades produce nulidad absoluta, puede ser que esta omisión sea la falta de escritura pública y de todas maneras existiría la posibilidad de saneamiento».<sup>29</sup>

Finalmente, la Ley 19.499 reconoce que las correspondientes escrituras públicas, o sus extractos inscritos o publicados, pueden contener errores ortográficos o gramaticales, en la individualización de socios, numéricos o de cifras o porcentajes, de datos o características del aporte, que no sean sustanciales o que de ellos no puedan derivarse dudas, así como, en general, disconformidades no esenciales. Estos casos no constituyen vicios formales de nulidad y por tanto no requieren ser saneados.

Sin embargo, por la especialidad que debe primar de la Ley 19.857 sobre la 19.499 creemos que los errores cometidos en la individualización del empresario sí deben ser considerados un vicio formal. Al contrario de lo que ocurre en la sociedades donde la identidad del socio o accionistas se deja entregada a las normas generales (salvo en cuanto a la profesión en algunos casos), en la E.I.R.L. la Ley 19.857 ha establecido una serie de antecedentes específicos en cuanto a la individualización del empresario, cuyo incumplimiento se ha establecido expresamente que deriva en la nulidad absoluta de la escritura constitucional.

### III. TRANSFORMACIÓN DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES

El artículo 14 de la Ley 19.857 establece los casos de transformación de una empresa. Al respecto distingue, cuando la sociedad deviene en E.I.R.L. o cuando es la empresa la que se transforma a sociedad

<sup>28</sup> Artículo 1º de la Ley 19.499.

<sup>29</sup> Cfr. Sandoval López, Ricardo ob. cit. página 24.

## 1. TRANSFORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD EN E.I.R.L.

El inciso primero del artículo 14 señalado establece que «en el caso que se produzca la reunión en manos de una sola persona, de las acciones, derechos o participaciones en el capital, de cualquier sociedad, ésta podrá transformarse en empresa individual de responsabilidad limitada, cumpliendo su propietario con las formalidades de constitución establecidas en la presente ley. Para tal efecto, la escritura pública respectiva, en la que deberá constar la transformación y la individualización de la sociedad que se transforma, deberá extenderse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que dicha reunión se produzca, y el extracto correspondiente deberá inscribirse y publicarse dentro del término establecido por la presente ley».

Este artículo es de enorme importancia por cuanto modifica un principio común de todas las sociedades del ordenamiento jurídico nacional, esto es, que la reunión de todos los derechos sociales en una persona produce la disolución de dicha sociedad.<sup>30</sup>

Cuando la persona que reúna la totalidad de los derechos sociales opte por la transformación, deberá tenerse presente que transformar una sociedad es precisamente el cambio de especie de ella, efectuado por reforma de sus estatutos subsistiendo su personalidad jurídica.<sup>31</sup> En tal sentido, la sociedad que se transforma en E.I.R.L. deberá en el plazo legal de 30 días<sup>32</sup> reformar sus estatutos para conformarse a su nuevo estado jurídico, entre estas reformas, especialmente en cuanto el nombre de la empresa, y la personalidad jurídica continuará sin solución de continuidad.<sup>33</sup> En palabras de SANDOVAL LÓPEZ, «transformada la sociedad en E.I.R.L., se produce la continuidad en el goce de la personalidad jurídica; para fines tributarios no se requerirá hacer término de giro y habrá continuación empresarial desde el punto de vista de las relaciones laborales».<sup>34</sup>

Algunos autores han planteado la posibilidad que tanto en este caso de transformación de sociedad en E.I.R.L., como en el evento

<sup>30</sup> Salvo el caso que se comentó más arriba relativo al artículo 69 ter de la Ley 18.046.

<sup>31</sup> Artículo 96 de la Ley 18.046.

<sup>32</sup> Creemos desafortunada la mención al plazo de los 30 días en la cual la persona que adquiere el 100% de una sociedad debe reformar los estatutos sociales. Durante dicho plazo no es claro si debe entenderse que la sociedad continúa, o la declaración de disolución o transformación en una E.I.R.L. tendrá efecto retroactivo a la fecha de la reunión de los derechos en una sola persona.

<sup>33</sup> En igual sentido, Bravo Valdés, Fernando, citado por González Castillo, Joel, ob. cit., página 95.

<sup>34</sup> Cfr. Sandoval López, Ricardo ob. cit. página 30.

que una empresa es adjudicada por una persona en un proceso de quiebra,<sup>35</sup> la persona titular de la E.I.R.L. puede ser una persona jurídica<sup>36</sup>, rompiendo la limitación impuesta en la constitución de las empresas, para lo cual sólo se encuentran autorizadas personas naturales.

## 2. TRANSFORMACIÓN DE UNA EMPRESA INDIVIDUAL EN UNA SOCIEDAD

La segunda hipótesis de transformación se refiere a la que una E.I.R.L. puede efectuar para devenir en una sociedad. Al respecto, el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 19.857 señala que «una empresa individual de responsabilidad limitada podrá transformarse en una sociedad de cualquier tipo, cumpliendo los requisitos y formalidades que establece el estatuto jurídico de la sociedad en la cual se transforma».

El requisito básico para dar lugar a esta transformación será la existencia de otra persona, natural o jurídica, que pase a la propiedad de la empresa conjuntamente con el empresario. La sociedad será sucesora de la empresa, manteniéndose incólume la personalidad jurídica.

Por analogía del artículo 98 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, el empresario, al transformar la E.I.R.L. en una sociedad anónima, seguirá respondiendo personalmente por su actuación mientras era empresario titular, salvo respecto de los acreedores que hayan consentido expresamente en la transformación.

Los efectos de este tipo de transformación comenzarán desde la fecha de la escritura de transformación, siempre que se cumplan en tiempo y forma con las demás solemnidades.

## IV. FUSIÓN DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES

La fusión en nuestro ordenamiento legal está tratada exclusivamente respecto de las sociedades anónimas, pero la doctrina ha entendido

<sup>35</sup> Ver artículo 17 de la Ley 19.857.

<sup>36</sup> En este sentido, Prado Puga, Arturo, en «Aspectos comerciales de las empresas individuales de responsabilidad limitada», publicación del *Colegio de Abogados de Chile*, Santiago, abril 2003.

que tal regulación es supletoria para los demás tipos de sociedades, y en este caso, para las E.I.R.L.

El artículo 99 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas define que un fusión es la reunión de dos o más sociedades en una sola que le sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados.

Agrega dicha disposición, que existe una fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye. Existe fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.

La doctrina también distingue la llamada fusión «impropia», que es aquella que se produce cuando una persona adquiere todos los derechos de una sociedad. Este tipo de fusión tiene en vista más bien los efectos económicos de la fusión y descansa en el hecho que la confusión de los derechos de una sociedad produce su disolución. La diferencia entre este tipo de fusión y la «propia» descansa en la liquidación de la sociedad que se disuelve. Mientras en una fusión impropia, la sociedad disuelta debe liquidarse, en un proceso de fusión propia no procede la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas.

En el análisis de una fusión en que participe una E.I.R.L. se debería distinguir las siguientes hipótesis:

#### 1. FUSIÓN POR CREACIÓN

En este caso, la nueva sociedad creada recibe el activo y pasivo de una o más sociedades y una empresa. Para los efectos de la empresa, al transferirse el capital de la empresa ésta termina en virtud de lo dispuesto en la letra c) del artículo 15 de la Ley 19.857. El hecho de la transferencia del capital implica el pasivo social, salvo que el empresario asuma dicho pasivo con su propio patrimonio,<sup>37</sup> posibilidad que no es concedida por la ley para las sociedades cuando son fusionadas.

Podría plantearse la posibilidad de la fusión por creación de una E.I.R.L., pero para que suceda este caso, deberían participar en el proceso de fusión sólo E.I.R.L. de propiedad de un solo titular. En el caso que participaran sociedades o empresas de titulares distinto, debe tenerse presente que un principio general de la fusión en nuestro or-

---

<sup>37</sup> Artículo 16 de la Ley 19.857.

denamiento es aquél consagrado en el artículo 100 de la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, el cual plantea que ningún accionista (y empresario), a menos que consienta en ello, podrá perder su calidad de tal con motivo de una fusión. Luego, dado que es de la esencia de la E.I.R.L. la existencia de un solo titular, lo anterior impide el cumplimiento del referido principio general, salvo el consentimiento expreso de los terceros.

## 2. FUSIÓN POR ABSORCIÓN

Nuevamente, si la persona que absorbe es una sociedad creemos que no hay inconvenientes en proceder a la fusión tal cual como se daría entre dos sociedades, salvo el beneficio contemplado en el artículo 16 de la Ley 19.857 respecto a la posibilidad de no transferir los pasivos de la empresa a la sociedad absorbente. Sin embargo, la absorción por parte de una E.I.R.L. sólo será posible en la medida que sean empresas de propiedad de un titular por las razones ya indicadas. Tampoco sería posible la absorción de una empresa por otra, salvo que ambas tengan el mismo titular.

## 3. FUSIÓN IMPROPIA

Finalmente, es posible prever casos de fusión impropia en el evento que una E.I.R.L. adquiera el 100% de los derechos de una sociedad y decida disolverla.<sup>68</sup> Descartamos la posibilidad de la fusión impropia por medio de la adquisición de una E.I.R.L., sea porque no será posible a una persona jurídica adquirir una empresa, sea porque en este caso no se da el sustento material de la fusión impropia, esto es, el hecho que la persona jurídica se disuelve por la reunión de todos sus derechos en una persona. Las E.I.R.L. precisamente fueron creadas para permitir la existencia de un titular único.

## V. CONCLUSIÓN

A pesar que habría sido más adecuado permitir la creación de sociedades unipersonales, y por tanto tener un sustrato doctrinal y jurisprudencial firme, la incorporación de la E.I.R.L. constituye una

<sup>68</sup> Sobre la posibilidad que la empresa decida no disolverla y transformar esa sociedad en una E.I.R.L. ver el Capítulo III número 1 anterior.

novedad en nuestro sistema jurídico comercial, ya que permite a personas naturales crear personas jurídicas a fin de limitar su responsabilidad en el desarrollo de negocios, sin tener que recurrir a terceros para la creación de sociedades o actuar bajo figuras residuales como las sociedades de hecho.

Por otro lado, y quizás fruto del rasgo netamente práctico al legislar esta institución, existen en lo relativo a la creación, transformación y fusión de este tipo de empresas, problemas de técnica legislativa, como los relativos al capital de las empresas, que sólo podrán ser solucionados por la jurisprudencia o posteriores reformas legales.

## **ADMINISTRACIÓN DE LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**

**RONY JARA AMIGO**

*Magíster en Derecho*

*Universidad de Duke (EE.UU.)*

*Profesor Derecho Comercial*

*Universidad de los Andes*

### **I. INTRODUCCIÓN**

En las páginas siguientes se intentará hacer un breve análisis de las principales características del sistema de administración de la empresa individual de responsabilidad limitada (en adelante «E.I.R.L.»).<sup>1</sup> Para efectos de este análisis dividiremos la materia en las siguientes secciones:

- II. Régimen general de administración de las distintas especies de sociedad mercantil;
- III. Características particulares del sistema aplicable a la empresa individual;
- IV. Algunas críticas al sistema legal de administración; y
- V. Conclusiones.

El objetivo de este análisis es muy acotado, sólo revisar las peculiaridades del régimen, las cuestiones que es necesario prever por la vía convencional y los principales problemas que pueden plantearse en la administración de estas entidades jurídicas.

---

<sup>1</sup> Ley N° 19.857, publicada en el Diario Oficial del día 11 de febrero de 2003 (en adelante la «Ley»).

## II. RÉGIMEN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN DE LAS DISTINTAS ESPECIES DE SOCIEDAD MERCANTIL

Los regímenes de administración que el Derecho Comercial contempla para las sociedades, van desde la plena autonomía contractual —como en el caso de la sociedad colectiva<sup>2</sup> y la sociedad de responsabilidad limitada, que se rige por las normas de aquella<sup>3</sup>— a un régimen obligatorio legal —como es el de la sociedad anónima en que se impone la figura del directorio como administrador societario<sup>4</sup>— y con situaciones intermedias —como en las comanditas,<sup>5</sup> donde el rol del socio gestor sigue la misma lógica del socio colectivo en cuanto al sistema de administración pero se plantean expresas prohibiciones en lo relativo a la participación del comanditario en tales funciones.

Tradicionalmente se ha considerado que la separación entre administración y propiedad, está vinculada con distintas particularidades de la sociedad en cuestión. Por ejemplo, con el régimen de responsabilidad; así, en las sociedades colectivas, el sistema es totalmente dejado a la voluntad de los socios pudiendo ellos ejercerlo directamente porque a su vez ellos son responsables solidariamente de las obligaciones sociales. Por el contrario, en el caso de la sociedad anónima, los accionistas no pueden ejercer directamente la administración —sin perjuicio de su posible participación en el directorio— porque ellos no son responsables de las obligaciones sociales sino sólo de sus aportes.

Pero una de las cuestiones, que nos parece esencial, para esta separación, dice relación con el tamaño —en términos de capital, socios y actividad comercial— y complejidad que alcanzan ciertos tipos de sociedad en relación con otras. Así, en la sociedad colectiva o limitada, que se supone de un tamaño y complejidad menor frente a la anónima, la participación de los socios directamente en la administración es muy común y totalmente autorizada por el derecho por cuanto se asume que tales personas participan inmediatamente en la gestión del negocio objeto de la sociedad y que son ellos los que poseen las capacidades y la experiencia adecuada para llevar adelante tal actividad y que, por otra parte, el tamaño de las actividades muchas veces no justifica el contratar profesionales externos para la administración.

<sup>2</sup> Artículo 384 del Código de Comercio.

<sup>3</sup> Artículo 4° Ley N° 3.918.

<sup>4</sup> Artículo 1° Ley N° 18.046.

<sup>5</sup> Artículo 484 del Código de Comercio.

Por el contrario, en la sociedad anónima –particularmente en la abierta– la separación entre propiedad y administración se impone no sólo por cuestiones de índole jurídica sino que fundamentalmente por razones económicas de especialización, dados el tamaño y complejidad de este tipo societario y de los negocios que desarrolla, se requiere que sus administradores sean personas altamente calificadas para tal actividad lo que no necesariamente puede coincidir con la calidad de accionista.

En el caso de la E.I.R.L., que como sabemos no es una sociedad pero sí una entidad que goza de personalidad jurídica y que es siempre mercantil<sup>6</sup>, el régimen de administración es un imperativo legal, puesto que se establece que la administración corresponde al titular de la empresa.<sup>7</sup> En una fórmula muy similar a aquella que se utiliza en el caso de la sociedad anónima respecto del directorio.<sup>8</sup> Sin embargo, podríamos decir que es un sistema mixto, en relación con los antes analizados; porque, por una parte, la ley determina en forma vinculante al órgano de administración,<sup>9</sup> el titular de la E.I.R.L.; por la otra, se permite que su titular participe directamente en la administración.

### III. CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN

Entre las características que nos parece necesario mencionar y que desarrollaremos brevemente a continuación, existen:

- 1) Régimen legal imperativo de administración y normas supletorias;
- 2) Facultades del administrador y representante legal;
- 3) Uso del nombre de la empresa;
- 4) El gerente general y los mandatarios; y
- 5) Muerte del administrador e incapacidades sobrevinientes

#### 1) RÉGIMEN LEGAL IMPERATIVO DE ADMINISTRACIÓN Y NORMAS SUPLETORIAS

Como habíamos antes señalado, la Ley establece imperativamente que el titular será el administrador de la E.I.R.L., «quien la representa

<sup>6</sup> Artículo 2º de la Ley.

<sup>7</sup> Artículo 9º de la Ley.

<sup>8</sup> Artículo 40º de la Ley N° 18.046.

<sup>9</sup> No obstante que, como veremos, dicho titular puede delegar las funciones de administración y representación en un gerente general o designar apoderados generales.

judicial y extrajudicialmente para el cumplimiento del objeto social, con todas las facultades de administración y disposición».<sup>10</sup> Con ello la norma legal dota al titular de ambas atribuciones, de administración (ámbito propiamente interno de actuación) y de representación (ámbito externo de actividad).

Se ha querido dar al titular la facultad de administrar directamente la empresa pues se asume que, por el normalmente reducido tamaño y complejidad de su actividad comercial, ello resulta ser lo más lógico, eficiente y apropiado. Lógico porque será el titular quien mejor conozca las particularidades de su actividad empresarial, la mejor manera de administrar sus recursos humanos y materiales y su forma de interactuar con el mercado (proveedores y clientes). Será lo más eficiente, porque será muy común que en este tipo de empresas no exista toda una estructura de administración sino que —por un tema de costos— el titular se encuentre directamente al mando de la gestión diaria de la empresa, en ese sentido su accionar será muy semejante al de un empresario o comerciante individual. Por último, lo más apropiado, porque la propia Ley establece todo un sistema de interacción entre el patrimonio individual del titular y el de la E.I.R.L. y de sanciones para los actos que realiza el titular transgrediendo dichas reglas, lo que justifica que este último se encuentre completamente involucrado con la gestión de la empresa.

Si bien la Ley plantea aparentemente un régimen estricto en cuanto a que la administración y representación se encuentra radicada exclusivamente en el titular, ello resulta no ser realmente así. El titular puede delegar todas sus facultades en un gerente general y otorgar también poderes generales y especiales.<sup>11</sup>

Adicionalmente a las normas imperativas que contempla la Ley, y las dispositivas en lo relativo a gerente general y otros mandatarios, es necesario considerar que el régimen supletorio en materia de administración y representación es aquel contemplado para las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, que como sabemos se encuentra casi íntegramente en los artículos del Código de Comercio aplicables a las sociedades colectivas comerciales<sup>12</sup> y, a falta de norma en tal cuerpo normativo, en el Código Civil en materia de sociedades colectivas civiles.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Artículo 9º de la Ley.

<sup>11</sup> Artículo 9º de la Ley.

<sup>12</sup> Artículo 4º de la Ley N° 3.918 en relación a los artículos 384 y siguientes del Código de Comercio.

<sup>13</sup> Artículo 96 del Código de Comercio en relación a los artículos 2.071 y siguientes del Código Civil.

## 2) FACULTADES DEL ADMINISTRADOR Y REPRESENTANTE LEGAL

Según lo señala el propio texto legal, el titular está dotado de todas las facultades de administración o gestión y de disposición.<sup>14</sup> Esta es una norma de orden público, por lo que no cabría limitación convencional al respecto, o desde otro punto de vista, el titular no podría invocar frente a terceros, o éstos entre sí, que algún acto se encuentra fuera de las facultades de administración del titular.

Las facultades de administración del titular deberán enmarcarse dentro del objeto de la empresa, dado que la administración se refiere precisamente al conjunto de actos que tienen por finalidad la realización del objeto de la entidad jurídica. Actuando fuera de su objeto, el titular será responsable<sup>15</sup> y no obligará a la empresa.<sup>16</sup>

En el titular se confunden las funciones de deliberación o gobierno, administración y representación,<sup>17</sup> sin perjuicio de las diferencias jurídicas que es posible realizar entre tales aspectos de la voluntad de la entidad. Así, el propio titular es el encargado de tomar todas las decisiones fundamentales para la vida de la empresa, que incluyen la modificación del estatuto constitutivo; desarrollar y llevar a cabo todos los actos necesarios para que la empresa alcance sus finalidades económicas; y, por último, actuar frente a terceros en la realización de los actos que así lo requieran.

El titular es un verdadero órgano de la E.I.R.L. por cuanto al actuar en sus distintos roles, dentro del objeto de la empresa, lo que hace efectivamente es manifestar la voluntad de la empresa misma. No es posible entonces distinguir la voluntad del titular de aquella de la empresa; si actúa dentro de los límites del objeto, y –en los casos de representación legal– a nombre de la empresa, está manifestando indubitablemente la voluntad de la empresa.

En lo que respecta a sus atribuciones como representante de la empresa, función esencialmente unida a la de administrar pero diferente –aunque la Ley las trata en forma conjunta– se le entregan todas las facultades de representación, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial. Dichas facultades no requieren de ninguna mención expresa en el estatuto de la empresa, pues por el ministerio de la ley, las

<sup>14</sup> Artículo 9° de la Ley.

<sup>15</sup> Artículo 12° letra a).

<sup>16</sup> Artículo 8°.

<sup>17</sup> Para un análisis de las diferencias entre tales facultades en todo tipo de sociedades, véase Lyon Puechma, Alberto, *Personas jurídicas*, (Ed. Universidad Católica de Chile, 2003), página 125.

tiene todas. Sin embargo, y al igual que en el caso de las facultades de administración, dicho cúmulo de atribuciones encuentra su limitación esencial en el cumplimiento del objeto de la empresa.<sup>18</sup>

Lamentablemente, y a diferencia de lo que se preceptúa para el directorio en el caso de la sociedad anónima,<sup>19</sup> se omitió señalar que no es necesario acreditar ante terceros que las actuaciones del titular están comprendidas dentro del objeto de la empresa. Con ello se crea un problema jurídico y práctico no menor pues el titular deberá demostrar a terceros que los actos y contratos celebrados, y las obligaciones adquiridas, están comprendidas dentro del objeto de la empresa.<sup>20</sup> La ausencia de esta presunción a favor de los terceros, y dada la sanción de inoponibilidad contemplada por la Ley,<sup>21</sup> debiera afectar la velocidad y seguridad del tráfico mercantil con este tipo de entidades.<sup>22</sup>

En lo que respecta a notificaciones judiciales, podrán practicarse indistintamente al titular o a quien éste hubiere conferido poder para administrarla (normalmente el gerente general),<sup>23</sup> sin perjuicio de las facultades de recibirlas que se hayan otorgado a uno o más gerentes o mandatarios.

### 3) USO DEL NOMBRE DE LA EMPRESA

El nombre de la empresa, una de las menciones obligatorias de su estatuto de constitución,<sup>24</sup> tiene la particularidad de incluir tanto la identificación del constituyente o titular, una referencia al giro de la empresa y la identificación de ser una E.I.R.L. Sabemos que en sociedades de personas, la identificación de los socios en el nombre se encuentra estrechamente vinculada con la responsabilidad<sup>25</sup> por las

<sup>18</sup> No «social» como erradamente señala la Ley, puesto que no se trata de una sociedad.

<sup>19</sup> Artículo 40° de la Ley N° 18.046.

<sup>20</sup> Artículo 8° de la Ley.

<sup>21</sup> Artículo 12° letra a) de la Ley.

<sup>22</sup> Encontramos una situación similar en el artículo 374 del Código de Comercio, al señalar la norma que «La sociedad no es responsable de los documentos suscritos con la razón social, cuando las obligaciones que los hubieren causado no le conciernan ....». En este caso, sin embargo, se favorece claramente al tercero, puesto que es preciso demostrar su mala fe para invocar la inoponibilidad del acto.

<sup>23</sup> Para efectos entonces del artículo 8° del Código de Procedimiento Civil, ambos se encuentran en la misma situación. Sin embargo, y en lo que respecta a las atribuciones del artículo 7° del mismo Código, ambos tendrán las facultades de ambos incisos (ordinarias y extraordinarias), salvo que expresamente se le hayan limitado al gerente general.

<sup>24</sup> Artículo 4° letra b) de la Ley.

<sup>25</sup> Caso de la sociedad colectiva comercial y civil, y en la sociedad comandita respecto de los socios gestores. Indirectamente el aparecer en la razón social, con la participación en la administración societaria.

deudas sociales, y eventualmente con la identificación de los administradores sociales. Cuestión, la primera, que naturalmente no ocurre aquí, tal responsabilidad sólo se generará en ciertos casos especialmente previstos en la Ley, y por otra parte, el constituyente es siempre el administrador de la empresa.

Entonces, el titular se encuentra esencialmente autorizado para usar el nombre de la empresa y representarla. La empresa será responsable de los actos ejecutados por su representante bajo su nombre y, como ya señaláramos, dentro de su objeto particular. De hecho la propia Ley sanciona con la inoponibilidad para la empresa, radicando exclusivamente en el patrimonio del titular, los actos celebrados que se ejecutaren sin el nombre o representación de la empresa.<sup>26</sup>

Pero ¿cuándo se entiende que se contrata a nombre de la empresa? Lógicamente cuando se antepone el nombre de la empresa o antefirma a la suscripción de documentos en su representación.<sup>27</sup> Asimismo, cuando se utiliza de la misma forma el nombre de fantasía de la empresa incluido en el estatuto de la empresa.<sup>28</sup> La duda sólo podría entonces generarse cuando no se ha mencionado expresamente el nombre de la empresa o su nombre de fantasía.

Se produce aquí una cuestión de certeza jurídica, si la responsabilidad por los actos y contratos celebrados en estos casos recaerá en el patrimonio de la empresa o en el de su titular. Aparentemente la Ley cedería a favor de la empresa frente a tal incertidumbre; tales obligaciones serían imputables al titular de ella.<sup>29</sup> Sin embargo, lo anterior parece contrastar con otras normas jurídicas aplicables a la situación y que precisamente favorecerían la realidad por sobre un excesivo formalismo. Así, en el Código Civil, «no se entenderá que el socio contrata a nombre de la sociedad, sino cuando lo exprese en el contrato, o las circunstancias lo manifiesten de un modo inequívoco. En caso de duda se entenderá que contrata a su nombre privado».<sup>30</sup> No parecieran existir razones especiales en el caso de la E.I.R.L. para no aplicar tal norma supletoria del Código Civil, en los casos en que «las circunstancias manifiesten de un modo inequívoco» que el titular estaba actuando en representación de la empresa.

<sup>26</sup> Artículo 12° letra b) de la Ley.

<sup>27</sup> Artículo 372 del Código de Comercio.

<sup>28</sup> Artículo 4° letra b) de la Ley. Se generará la duda de qué ocurre si la empresa de hecho usa un nombre de fantasía pero él no se encuentra mencionado en el estatuto. La solución debería ser semejante a otras situaciones de identificación tácita.

<sup>29</sup> Tenor literal del artículo 9° inciso 1° en relación al artículo 12 letra b) de la Ley.

<sup>30</sup> Artículo 2.094 del Código Civil.

## 4) EL GERENTE GENERAL Y LOS MANDATARIOS

Se establece la posibilidad que el administrador de la empresa, o su mandatario, designe a un gerente general que tendrá todas las facultades del administrador, excepto las que excluya expresamente.<sup>31</sup>

En primer lugar, llama la atención que siendo éste un régimen de administración y representación imperativo, la propia ley faculte al titular a designar a un mandatario con tan importante atribución como designar a un gerente general, que como a su vez veremos, puede prácticamente sustituir al titular en la administración de la empresa. Tal vez se quiso acoger la práctica, muy utilizada en sociedades de personas, en que la administración está radicada a su vez en otra sociedad que la ejerce a través de mandatarios personas naturales que ella designa de tiempo en tiempo.

Por otra parte, es conveniente aclarar que este gerente general no es similar a aquél que se designa en la sociedad anónima, pues en este último caso la propia ley sólo permite al directorio delegar parte de sus facultades en los gerentes.<sup>32</sup> El gerente general de la E.I.R.L. se parece más al gerente o factor de comercio que se encuentra «autorizado para todos los actos que abrace la administración del establecimiento que se les confiere, y podrán usar de todas las facultades necesarias al buen desempeño de su encargo, a menos que el comitente se las restrinja expresamente en el poder que les diere».<sup>33</sup> La diferencia con el factor radicaría en que en el caso del gerente general de la E.I.R.L. la limitación a sus atribuciones, sin perjuicio de aquellas que consten expresamente en su título, estaría dada no por el ámbito del establecimiento, como en el caso de un factor, sino por el giro de la E.I.R.L. en cuestión, lo que podría definir un ámbito mucho más amplio de atribuciones si la empresa tuviere distintos establecimientos.

En definitiva, este gerente general puede asumir íntegramente las facultades del titular en lo relativo a la administración y representación de la empresa, sin perjuicio que este último siempre permanecerá también como administrador y representante por mandato legal. A su vez, la propia Ley permite que se excluyan en esta delegación de facultades algunas de todas aquellas que corresponden al titular.<sup>34</sup> Lógicamente estas restricciones no pueden ser de tal entidad o com-

<sup>31</sup> Artículo 9° de la Ley.

<sup>32</sup> Artículo 40° inciso 2° de la Ley N° 18.046.

<sup>33</sup> Artículo 340 del Código de Comercio.

<sup>34</sup> Artículo 9° de la Ley.

plejidad que desnaturalicen el rol propio del gerente general, que es precisamente administrar la empresa como delegado del titular.

En términos prácticos, el gerente general tendrá todas las facultades de administración (incluyendo las de disposición) y representación, sin necesidad de mención expresa en sus poderes, salvo que expresamente se excluyan algunas facultades o se le restrinjan. Bastará entonces con decir que se designa a una persona como gerente general para que sobre él caiga el cúmulo de facultades, con la única restricción que deberán ejercerse dentro del giro de la empresa y actuando siempre a nombre y representación de ella para obligarla.

La designación de gerente general debe hacerse por escritura pública que se inscribirá en el registro de comercio del domicilio de la empresa y se anotará al margen de la inscripción estatutaria.<sup>35</sup> De esta forma los terceros, efectuada la inscripción, podrían difícilmente alegar que estaban en desconocimiento de las facultades o restricciones del gerente general respectivo.<sup>36</sup>

Con respecto a la designación de mandatarios, la Ley ha sido muy flexible autorizando al titular para conferir mandatos generales o especiales para actuar a nombre de la empresa.<sup>37</sup> Nada se dice respecto de la posibilidad para un mandatario del titular o para el gerente general de otorgar tales mandatos. Sin embargo, en el primer caso, si el mandatario puede designar al gerente general no se contemplan razones jurídicas para que no pudiera designar apoderados generales o especiales. En el caso del gerente general mismo, la cuestión de los mandatarios generales aparece como más discutible porque por esa vía podría llegarse a una verdadera sustitución en la administración<sup>38</sup> o a una delegación del delegado, no así con respecto a poderes especiales en que tales situaciones no se producen, y por lo tanto deben estar permitidas.

La designación de estos mandatarios generales y especiales debe hacerse con las mismas solemnidades contempladas para el caso del

<sup>35</sup> Id.

<sup>36</sup> A falta de sanción expresa por la falta de inscripción, nos parece que la norma supletoria debería encontrarse en el artículo 24° del Código de Comercio. Por otra parte, es importante considerar que los tribunales de justicia —con buenos fundamentos y en protección de la apariencia por sobre la realidad en determinadas materias en que se requiere rapidez y seguridad en el tráfico mercantil— han beneficiado a las contrapartes (especialmente Instituciones Financieras) frente a mandantes que alegaban una restricción o cambio de mandatario que había sido oportunamente efectuada pero no puesta en conocimiento de la institución con la cual habitualmente se operaba.

<sup>37</sup> Id.

<sup>38</sup> Cuestión prohibida, salvo autorización expresa, en materia de sociedades colectivas comerciales, de acuerdo al artículo 404° N° 3 del Código de Comercio.

nombramiento del gerente general<sup>39</sup> y la omisión de tales solemnidades debiera tener igual sanción.<sup>40</sup>

#### 5) MUERTE DEL ADMINISTRADOR E INCAPACIDADES SOBREVINIENTES

La E.I.R.L. terminará por la muerte del titular.<sup>41</sup> Si el titular no hubiere designado a un gerente general la empresa se quedará sin administrador y representante. Para evitar tal situación de desorganización, la Ley contempla la facultad para los herederos de designar un gerente común para la continuación del giro de la empresa hasta por el plazo de un año de ocurrida la muerte, al cabo del cual terminará la responsabilidad limitada.<sup>42</sup>

No obstante la solución del legislador, tal norma puede ser bastante inoperante dado que podría transcurrir un tiempo no menor antes que los herederos puedan efectuar tal designación. Primero, porque necesitarán cumplir con todos los trámites de la posesión efectiva, pues los terceros al menos exigirán tales formalidades para tener alguna seguridad respecto de quiénes son herederos; y segundo, porque todos ellos de consuno deberán ponerse de acuerdo en un nombre para gerente. Es probable que, en muchos casos, el año transcurra en todas estas gestiones, lo que redundará en graves perjuicios para la buena marcha de la empresa y para los terceros vinculados con ella.

Nada se dice del caso en que se hubiera designado gerente general o apoderados generales para la administración y representación de la empresa. Pero nos parece que, en estos casos, y siguiendo las reglas generales del mandato mercantil, la muerte del titular o comitente no debiera ser causal para la terminación de tales encargos,<sup>43</sup> los que en todo caso pudieran ser revocados por los herederos actuando de consuno o de pleno derecho al transcurrir un año desde la muerte del titular.

Tampoco nada se señala en la Ley respecto de la ocurrencia al titular de causales de incapacidad sobreviniente. Debemos asumir, siguiendo las reglas supletorias legales o convencionales, que en tales casos la empresa terminará, salvo que pueda continuar con el

<sup>39</sup> Id.

<sup>40</sup> Artículo 24° del Código de Comercio.

<sup>41</sup> Artículo 15 letra e) de la Ley.

<sup>42</sup> Id.

<sup>43</sup> Artículo 240 del Código de Comercio.

curador del titular, debiendo el curador ejercer sus derechos en la E.I.R.L.<sup>44</sup> En caso de terminación, nos parece que antes de la designación del curador encargado de representar al titular y proceder a la liquidación, los administradores anteriormente designados (gerente general o apoderados generales) debieran poder continuar con sus atribuciones, por las mismas razones antes expuestas para el caso de muerte del titular.

Por último, en caso de quiebra de la empresa, la Ley establece expresamente que concurre una causal de terminación de la E.I.R.L.<sup>45</sup> En este caso, la liquidación de la E.I.R.L. pasará de pleno derecho al síndico, siguiendo las reglas generales de la legislación concursal.<sup>46</sup>

#### IV. ALGUNAS CRÍTICAS AL SISTEMA LEGAL DE ADMINISTRACIÓN

A la luz de las características antes referidas del sistema legal de administración de la E.I.R.L., podemos señalar que el sistema de administración legal es uno que por ser aparentemente imperativo, es propio de la sociedad anónima, pero a la vez, al ser directo por los aportantes del capital se asemeja más a los de la sociedad colectiva, en comandita y limitada. Por otra parte, el sistema es sólo aparentemente imperativo, puesto que al autorizar al titular, o a su mandatario, a designar a un gerente general, con inclusive todas las facultades de administración y representación del titular,<sup>47</sup> el rol de éste puede quedar totalmente relegado y sólo ser sujeto pasivo de responsabilidad en su patrimonio personal por los actos u omisiones de aquél.<sup>48</sup>

El problema que apreciamos con este sistema de delegación total de facultades, es que en muchas ocasiones los verdaderos administradores de las E.I.R.L. pueden llegar a ser los gerentes generales y la Ley no contempla, ni tampoco su derecho supletorio, normas relativas a los requisitos para ejercer este cargo, inhabilidades, responsabilidades, obligaciones. En definitiva, el tratamiento de este verdadero órgano de la empresa es sumamente precario y para solucionar dudas respecto de él deberá estarse sólo a las normas generales sobre administradores de sociedades de personas, mandatarios, comisionistas y factores, en lo que ellas resulten aplicables.

<sup>44</sup> Artículo 2.106 del Código Civil.

<sup>45</sup> Artículo 15 letra d) de la Ley.

<sup>46</sup> Especialmente artículos 27 N° 13 y 64 de la Ley N° 18.175.

<sup>47</sup> Artículo 9° de la Ley.

<sup>48</sup> Artículo 12° de la Ley.

Otro elemento a destacar es la incertidumbre que se generará entre los terceros respecto de la actuación de los administradores, si ellos están o no actuando dentro del objeto de la empresa, por la falta de existencia de la presunción que sí se contempla en el caso del directorio de la sociedad anónima. Este punto aparentemente menor dificultará, como señalamos, seriamente el tráfico jurídico de este tipo de empresas, puesto que la sanción legal, la inoponibilidad, puede dejar en una situación de grave incertidumbre y perjuicio a las respectivas contrapartes.

Por último, dada la estrecha vinculación de la personalidad jurídica de la E.I.R.L. y su administración y representación con la persona del titular, es grave la ausencia de un régimen transitorio más eficiente y práctico para el caso de muerte del titular o muy poco definido frente a causales de incapacidad sobreviniente. Ello, probablemente implicará, que ciertos proveedores o clientes se negarán a celebrar operaciones de largo plazo con una E.I.R.L. en que el titular sobrepasa cierta edad o se encuentra en ciertas condiciones de salud, por temor a quedarse en un futuro no lejano sin una contraparte bien administrada y a quien exigirle eficazmente el cumplimiento de sus obligaciones.

## V. CONCLUSIONES

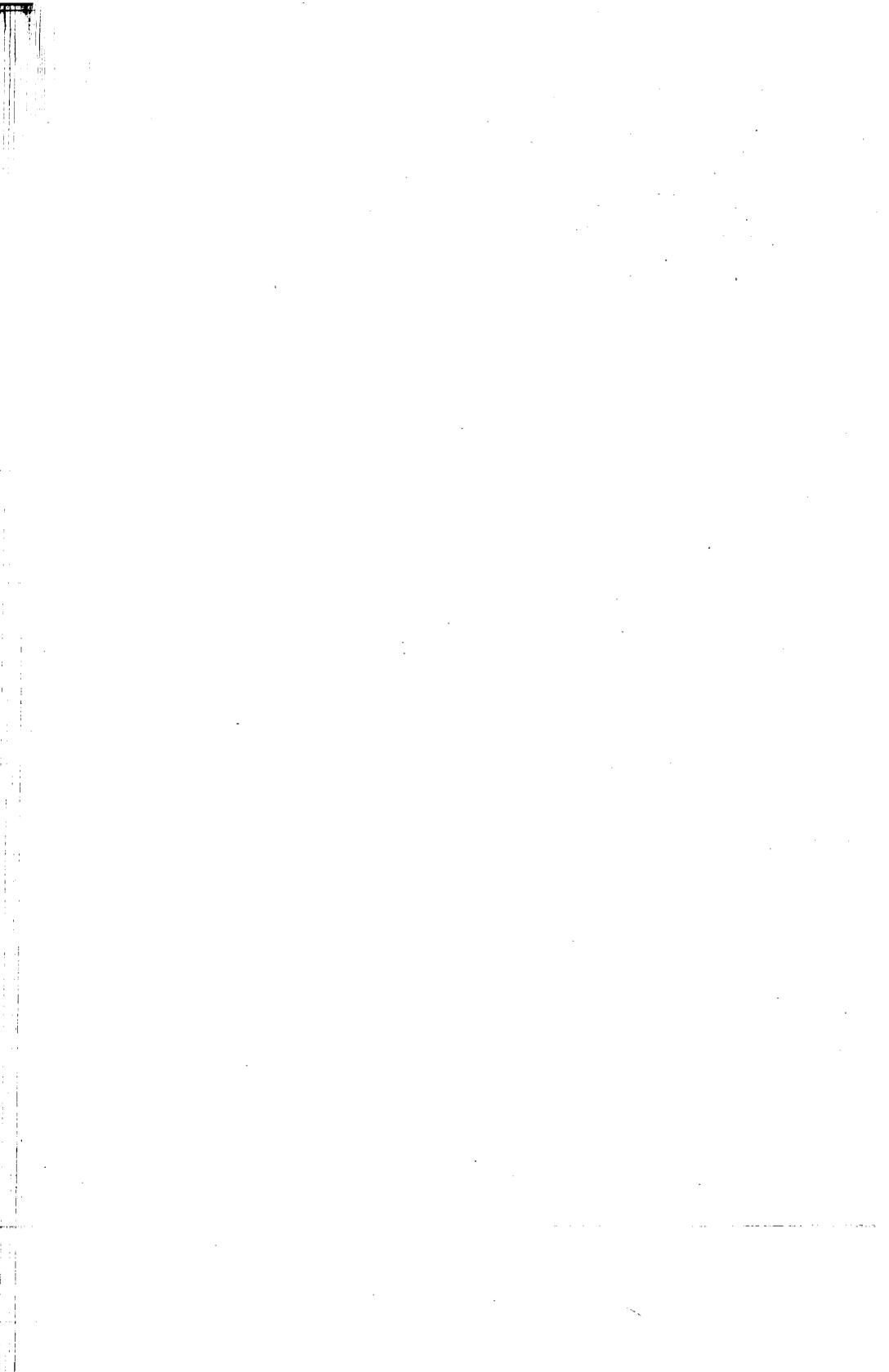
El sistema legal de administración de la E.I.R.L. es uno bastante flexible en términos que el titular puede recurrir a varios esquemas de administración, por ejemplo, designando un gerente general o apoderados generales o especiales. Sin embargo esta flexibilidad, dada la falta de claridad respecto de las normas jurídicas aplicables a un órgano tan importante como el propio gerente general, puede implicar bastante incertidumbre a terceros respecto de los patrimonios que en definitiva resultarán obligados: si el de la propia empresa o el de su titular.

Por otra parte, nos parece que no resulta difícil, por el requerimiento de la actuación dentro del objeto y su falta de protección por vía de presunciones, que los terceros resulten contratando con el titular y no con la empresa, cuestión que incentivará la recurrencia a declaraciones contractuales o pruebas ineficientes de actuación dentro del objeto, o derechamente la solicitud de garantías para operar con este tipo de empresas.

Si bien se trata de una persona jurídica esencialmente unida a la persona del titular, estimamos que la seguridad del tráfico mercantil

requiere de un régimen de administración más desarrollado y perdurable, al menos por un tiempo, una vez acaecida la muerte de su titular o éste incurra en alguna causal de incapacidad sobreviniente. Esta incertidumbre afectará su calidad de contraparte frente a ciertos acreedores, proveedores o clientes, en operaciones de mayor importancia o que buscan establecer relaciones más duraderas.

En definitiva, nos parece una buena iniciativa en términos de la intención de dotar al empresario individual de la responsabilidad limitada, pero que demandará, una vez transcurrido un cierto plazo de analizados sus resultados, de rectificaciones —al menos en la materia de administración que nos ha correspondido analizar— puesto que su buena gestión interna y de actuación frente a los terceros requiere de ciertos elementos más desarrollados y que otorguen mayor estabilidad en el tiempo.



## LA RESPONSABILIDAD CIVIL PATRIMONIAL Y LA PROTECCIÓN DE ACREEDORES EN LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

ÁLVARO VIDAL OLIVARES

*Doctor en Derecho Universidad Autónoma de Madrid*

*Profesor de Derecho Civil*

*Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*

### I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del régimen de responsabilidad contractual a que se someten las empresas individuales de responsabilidad limitada (en adelante, empresa individual) según la ley N° 19.857 que las regula (en adelante, la ley), con énfasis en aquellos tópicos que por su especialidad respecto del derecho común exigen una reflexión y un comentario detenido. Estos tópicos se identifican considerando únicamente las propias peculiaridades de esta nueva institución regulada por la ley.

El supuesto de la ley es que una persona natural, comerciante, constituye una empresa individual a la que la ley le confiere el privilegio de una personalidad jurídica propia<sup>1</sup> y como nuevo sujeto de derecho

<sup>1</sup> El legislador al momento de establecer las empresas individuales puede optar por dos modelos. El primero, el de la empresa individual sin personalidad jurídica, en éste el legislador se limita a crear un patrimonio de afectación compuesto por los bienes que el empresario aporta al momento de su creación (caso de Portugal). El segundo, el de la empresa individual dotada de personalidad jurídica, considerada como un sujeto de derecho distinto de su fundador. Dentro de este último, a su vez, los sistemas del derecho comparado pueden inclinarse, o por la creación de institución nueva, como es la empresa individual (caso de Perú); o por la de una sociedad unipersonal, sea de responsabilidad limitada o anónima (caso español). Nuestra ley opta por la empresa individual con personalidad jurídica propia, pero sin que ésta constituya un nuevo tipo de sociedad. Para un estudio comparado sobre la materia, véase: Pieggi Vanossi, Ana Isabel, *Estudios sobre la sociedad Unipersonal*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1997, páginas 87 - 167; Elgueta Cancino, Ivonne, *Algunas experiencias del derecho comparado en el tratamiento legal de las sociedades unipersonales. Criterios adop-*

pasa a ser titular de un patrimonio cuya fuente primaria es el capital que el fundador aporta al momento de constituirla (*artículos 2 y 4, letra c*),<sup>2</sup> patrimonio que convive y puede llegar a confundirse con el personal del constituyente, a quien la ley le denomina «*titular de la empresa*». Se desdobra la personalidad del titular de la empresa y su patrimonio se escinde en dos parcelas diferenciadas. Inmediatamente surge la interrogante sobre la situación de los acreedores de la empresa en lo que concierne al patrimonio en el que pueden hacer efectivas sus acreencias. No se puede desconocer que –pese al nacimiento de una persona jurídica nueva– en el hecho, un mismo sujeto de derecho detenta dos patrimonios: el propio o personal y el de la empresa. Si bien es cierto que esta pluralidad de patrimonios en manos de una misma persona no es extraña al derecho, no siendo pocos los casos en los que el legislador admite la formación dentro de un patrimonio de núcleos patrimoniales o patrimonios satélites, sujetos a un régimen jurídico especial (*de administración y disposición*) y lo hace en atención a una determinada finalidad, como sucede en los llamados patrimonios de afectación.<sup>3</sup> En estos supuestos hay sí un solo sujeto de derecho, titular de dos o más patrimonios; en cambio, en las empresas individuales, hay dos sujetos de derecho, el titular de la empresa y la empresa misma; cada uno dotado de un patrimonio propio. Sin embargo, en la práctica y desde la perspectiva de los terceros que contratan, o con la empresa individual, o con su titular, la situación no se altera, dado que siempre será necesario resolver su situación a la hora de producirse el incumplimiento de la obligación y definir el patrimonio en que pueden hacer efectivas sus acreencias.

Por ello, la ley junto con disponer la división patrimonial y la limitación de responsabilidades, prevé –*aunque no los suficientes*–

---

*tados por el proyecto de ley chileno en actual tramitación*, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2002; González Castillo, Joel, *Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, Análisis de la Ley N° 19.857*, LexisNexis, Santiago, 2003, páginas 9 - 37.

<sup>2</sup> «Artículo 2. La empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular (...); «Artículo 4. En la escritura, el constituyente expresará a lo menos: c) El monto del capital que se transfiere a la empresa, la indicación de sí aporta en dinero o en especies y, en este último caso, el valor que les asigna».

<sup>3</sup> Sobre los patrimonios de afectación, véase: Bustamante Salazar, Luis, *El Patrimonio, Dogmática Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 1979, páginas 32 y siguientes; Figueroa Yañez, Gonzalo, *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, páginas 39 y siguientes. Por ejemplo, en materia de derecho civil de la familia, el patrimonio reservado de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal del artículo 150 del Código Civil o el peculio profesional de hijo sujeto a patria potestad o la misma institución de los bienes familiares. También en el derecho público encontramos algunos supuestos, como el del patrimonio de afectación fiscal de los Servicios de Bienestar Social de las Fuerzas Armadas de la ley N° 18.712.

mecanismos de protección de los intereses de los terceros acreedores de la empresa individual y de su titular. Los principios que deben gobernar en esta materia son, por un lado, que la constitución de la empresa no puede perjudicar el derecho de los acreedores que tenga su origen en una causa anterior; y, por otro, que el titular de la empresa, o quien en su lugar la administre, no puede hacer un uso indebido o abusar de la personalidad jurídica que se le ha conferido. Lo anterior, reforzado con los mecanismos necesarios para la debida publicidad de la empresa individual y sus modificaciones.

Si tiene lugar cualquiera de las hipótesis arriba descritas, el derecho debe reaccionar y lo hace autorizando a los acreedores para desconocer la persona jurídica de la empresa individual, pudiendo dirigirse en contra de los dos patrimonios, el de la empresa y el de su titular, como si la primera no existiese, sin que este último pueda invocar el beneficio de la limitación de la responsabilidad característico de esta institución.<sup>4</sup>

Como se aprecia en estas líneas me referiré a la responsabilidad de la empresa individual mirada desde el ángulo de los bienes sobre los cuales ésta puede hacerse efectiva. El interés que ofrece esta institución se vincula estrechamente, de una parte, con el principio de la responsabilidad patrimonial y el derecho de garantía general de que son titulares los terceros acreedores de la empresa individual y, de otra, con la protección que la ley confiere o debe conferir a los terceros cuando concurre alguna de las hipótesis arriba descritas.

## II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

(1) Como se ha expresado la ley dota de personalidad jurídica a la empresa individual y, por consiguiente, ésta goza de todos los atributos inherentes a las personas jurídicas, entre los que se cuenta la capacidad de contratar (*capacidad de obrar o de ejercicio*), cuyo ejercicio corresponde a quien —según la ley o el acto constitutivo— tenga la representación de la empresa. Naturalmente, esta representación la tendrá el titular de la empresa, quien hace las veces de órgano ejecutor de la voluntad de la empresa individual; declaran-

<sup>4</sup> Se trata de situaciones de abuso de la personalidad jurídica en que tiene aplicación la denominada «doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica», que hasta antes de la ley sólo se concebía respecto de las sociedades civiles o comerciales. Véase nota N° 20 *infra*.

do su voluntad.<sup>5</sup> Los actos o contratos que el titular de la empresa ejecute o celebre son considerados actos o contratos de la empresa individual.<sup>6</sup>

Del artículo 9° de la ley se infiere que si nada se expresa en el acto constitutivo de la empresa y no hay anotación al margen de la inscripción de la empresa en el Registro de Comercio marginal, de la escritura pública que nomina el gerente general o de mandato general o especial; quien administra la empresa y la representa en el ámbito judicial y extrajudicial para la consecución de su objeto, es el titular de la empresa, quien debe figurar individualizado en su nombre (*ex artículo 4°, letra b*). La ley entiende que el administrador de la empresa y su representante legal será su titular, que sigue haciendo lo que le es propio hasta antes de su constitución conforme a la ley. Expresado en otros términos, la empresa individual de responsabilidad limitada es la continuadora del comerciante individual, quien se somete al régimen jurídico de la institución. Ello explica por qué la ley no prevé –entre las menciones del acto constitutivo– el nombre y apellidos de la persona que usará la razón social de la empresa y la representará en el ámbito judicial y extrajudicial para el cumplimiento del objeto de la empresa, siendo ineficaz, frente a terceros cualquiera limitación al contenido de las facultades de administración y disposición del empresario administrador. La excepción será, entonces, que el titular de la empresa, o actúa por intermedio de un mandatario (*sea especial o general*) o nomina un gerente general, sin que el recurso simultáneo a ambos mecanismos sea incompatible.<sup>7</sup>

Entonces, será el titular de la empresa, o su mandatario (*gerente o mandatario*) quien detente su representación y las facultades de administración y disposición de su capital; pudiendo celebrar contratos bajo su nombre y representación y dentro de su objeto; contratos que –*celebrados en tales condiciones*– son de la empresa y que, como tal, le obligan frente a los terceros acreedores, quedando comprometida su responsabilidad patrimonial. En plena consonancia con lo expre-

<sup>5</sup> Para el profesor Prado Puga, el legislador, en esta materia, sigue la doctrina germana del «órgano» que se aleja de la figura del mandato y que ya se aplica en nuestro medio en lo que concierne al Directorio de las sociedades anónimas (artículo 40, Ley de Sociedades Anónimas) y para tal efecto inviste al constituyente de la empresa individual de un poder rígido, de contenido legal, típico e inderogable. Prado Puga, Arturo, «Aspectos comerciales de las empresas individuales de responsabilidad limitada», III, *Colegio de Abogados de Chile A.G.*, Santiago, 2003, página 27.

<sup>6</sup> Así se expresa en: Historia de la ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003, *Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, 2003, página 13. *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 7ª* (Anexo de Documentos), página 942.

<sup>7</sup> Así se deduce de la parte final del inciso final del artículo 9.

sado, el artículo 8° de la ley ordena que los actos ejecutados por la empresa (*entiéndase comprendidos los contratos*) le obligan y por ellos responde exclusivamente con todos sus bienes. Aquí se materializa el principio de la responsabilidad patrimonial que se resuelve en el derecho de garantía general de que son titulares los acreedores y que les autoriza a dirigirse contra todos los bienes del deudor, con excepción de los inembargables (*véase el artículo 2.465 del Código Civil*). El deudor es la empresa individual y ella se obliga por un acto o contrato ejecutado bajo su nombre y representación, comprometiéndose ilimitadamente todo su patrimonio.<sup>8</sup>

(2) La expresión «*responsabilidad*» no corresponde a lo que por ella se entiende en su sentido estricto, como sinónimo de responsabilidad civil o indemnización de daños; sino al patrimonio en el que ella se hace efectiva —los bienes que su titular obliga o compromete con los contratos que celebre y que garantizan la ejecución de la obligación indemnizatoria objeto de la responsabilidad civil—. Esta responsabilidad a la que me refiero se confunde con la garantía patrimonial del acreedor en caso de incumplimiento de las obligaciones de la empresa, en principio, de naturaleza contractual.<sup>9</sup>

(3) Enseguida, no me referiré a la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de una obligación de la empresa, porque en esta materia la ley no introduce innovación alguna. En efecto, concurriendo el supuesto de la responsabilidad civil contractual, ésta se sujeta a las normas del derecho común, las mismas que se aplican cuando cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, incumple alguna obligación que ha contraído en virtud de un contrato u otra causa.

Rige el principio de la libertad contractual en su toda su extensión, pudiendo las partes definir el contenido del contrato, comprendido el régimen de responsabilidad por incumplimiento; y si las partes no hacen uso de dicha libertad, se aplicará la norma dispositiva del derecho privado (*artículos 1.547 y concordantes del Código Civil*). Exista, o no, una regulación contractual, la responsabilidad civil por el incumplimiento de

<sup>8</sup> Se dice ilimitadamente porque la empresa, como sujeto de derecho, responde con todos los bienes que integran su patrimonio. No debe confundirse esto con la idea de «empresa de responsabilidad limitada». La expresión «limitada» significa única y exclusivamente que el titular de la empresa o su dueño no responde con más bienes que los que aporta a la empresa.

<sup>9</sup> Digo en principio porque bien se sabe que las reglas sobre los efectos anormales de las obligaciones, el principio de la responsabilidad patrimonial y su concreción en el derecho de garantía general se aplica no sólo a las obligaciones incumplidas de origen contractual, sino a cuatquiera, independientemente de su causa o fuente (*ex artículo 1.437 del Código Civil*).

la empresa individual no se comporta de forma distinta a lo que prescribe el derecho común. Las reglas de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual –*los criterios de atribución de la misma y los que fijan su extensión*– no difieren de aquéllas aplicables a otros operadores del tráfico que incumplen sus obligaciones.<sup>10</sup>

En efecto, si el titular de la empresa individual –*o quien le represente*– contrata, obligándose a dar, hacer o no hacer alguna cosa e incurre en incumplimiento, el acreedor afectado por ese incumplimiento podrá hacer uso de cualquiera de los remedios que el contrato –*o la ley*– pone a su disposición. Así, si se trata de una obligación de dar cosas fungibles; el acreedor podrá exigir su cumplimiento específico, más la indemnización de daños extrínsecos, y si tal cumplimiento es impracticable,<sup>11</sup> se suma, además, la indemnización del daño intrínseco (*valor de la prestación*). Si la obligación es de hacer, el acreedor podrá demandar a su arbitrio, fuera de la indemnización de daños por la mora, o el cumplimiento específico en cualquiera de las modalidades que prevé el artículo 1.553 del Código Civil,<sup>12</sup> o la indemnización de los daños intrínsecos. En ambos supuestos la obligación incumplida se traduce en la responsabilidad civil por daños, sometida a las reglas de derecho común.

Si bien es cierto que los efectos del incumplimiento de la empresa individual se gobiernan por el derecho común, no ocurre lo mismo con la garantía patrimonial de que es titular el acreedor agraviado por ese incumplimiento. En esta última materia, adquiere relevancia

<sup>10</sup> A modo de síntesis, la empresa individual que incumple sus obligaciones quedará obligada, por el solo hecho del incumplimiento (idea de la imputabilidad del incumplimiento ex artículo 1547 del Código Civil) a la indemnización de los daños previsibles al tiempo de la celebración del contrato (ex artículo 1.558 del Código Civil), incluido el daño emergente y el lucro cesante (daños patrimoniales ex artículo 1.556 del Código Civil) y, de acuerdo a la actual tendencia doctrinaria y jurisprudencial, también, el daño moral y otros de naturaleza no patrimonial (Corte Suprema, 5 de noviembre de 2002). Ello si el criterio de atribución de la responsabilidad es la culpa, puesto que si el acreedor prueba el dolo de su deudor –en este caso del representante de la empresa individual– rige el principio de la reparación plena sujeta a la única limitación de causalidad (ex artículo 1.558, parte final, del Código Civil). Todo lo anterior, sin perjuicio de los acuerdos modificatorios que introduzcan las partes al contrato (ex artículo 1.545 del Código Civil) y de la prueba del caso fortuito o de fuerza mayor por parte del deudor (artículos 45 y 1.547 del Código Civil).

<sup>11</sup> Término que comprende no sólo las hipótesis de imposibilidad de cumplimiento (sea o no imputable), sino también aquéllas en las que la propia ley procesal civil pone un límite a su exigibilidad y ordena la conversión del objeto de la obligación, quedando el deudor obligado, ya no al cumplimiento en naturaleza, sino en equivalencia (daños intrínsecos: valor de la prestación).

<sup>12</sup> El artículo 1.553 del Código Civil reconoce una opción al acreedor afectado por el incumplimiento en materia de cumplimiento específico o forzoso: o exige al tercero la ejecución del hecho debido, o se hace autorizar para ejecutarlo él mismo a costa del deudor (artículo 1.553, Nº 2 y 3 del Código Civil).

la definición del patrimonio, o los bienes, sobre los cuales dicho acreedor hará efectiva la indemnización en que se resuelve la obligación incumplida. He aquí la justificación de este trabajo.

Además, la empresa individual exige que la ley o el ordenamiento jurídico ponga a disposición de los terceros acreedores —*incluidos los anteriores a la constitución de la empresa individual*— ciertos mecanismos de protección; protección que se hace necesaria por la escisión ficta del patrimonio originario del empresario que constituye la empresa individual. En el hecho, como se ha indicado, hay dos patrimonios con un solo titular: el empresario. Por esta razón, debe existir un adecuado equilibrio en la protección de los intereses en juego; por un lado, los del empresario que constituye la empresa; y, por otro, los intereses de terceros que contratan con la empresa. La interpretación que se haga de las normas que integran este nuevo régimen jurídico debe propender al referido equilibrio.

### III. LA EMPRESA INDIVIDUAL Y SU RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS ACREEDORES

#### 1. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «RESPONSABILIDAD LIMITADA» Y DIVISIÓN DE PATRIMONIOS

(1) Al estudiar la sociedad de responsabilidad limitada se precisa que no es propio hablar de «*responsabilidad limitada*», dado que esta sociedad —*como persona jurídica que es*— tiene su capital propio formado por la reunión de los aportes de los socios; capital que representa su patrimonio y que cuando actúa en la vida jurídica —*obligándose para con terceros*— lo compromete de forma ilimitada, de acuerdo a las reglas que gobiernan la responsabilidad patrimonial conforme los artículos 2.465 y 2.469 del Código Civil. Entonces ¿por qué se emplea esta expresión? Se emplea para diferenciar esta clase de sociedades con las sociedades colectivas. Cuando éstas contratan con terceros, no sólo obligan su patrimonio, sino también el de cada uno de los socios. En cambio, como se sabe, en la sociedad de responsabilidad limitada, el socio no contrae obligación, ni responsabilidad alguna por las obligaciones sociales; él sólo arriesga su aporte, sin que los acreedores puedan dirigirse en su contra, ni aun hasta el monto de este último. Los terceros no tienen acción en su contra, salvo que se hayan obligado a más de su aporte o hayan accedido de cualquier forma a la deuda social (*vgr. fianza simple o solidaria*).

Tratándose de las empresas individuales la expresión «*responsabilidad limitada*» no quiere decir que su responsabilidad esté limitada a ciertos bienes o determinadas sumas de dinero; la empresa responde frente a sus acreedores ilimitadamente, con todo su patrimonio, como cualquier sujeto de derecho. El significado que debe atribuírsele es que la responsabilidad del empresario no excede del capital comprometido en la empresa individual, de modo que los acreedores de ésta no tienen acción, ni siquiera subsidiaria, en contra de los bienes que componen el patrimonio personal del empresario (*no comprometido en la empresa*).<sup>13</sup>

(2) Pese a que lo expresado en teoría no ofrece mayores dificultades; no ocurrirá lo mismo en el terreno práctico, pues a pesar de que estrictamente las empresas individuales constituyen un sujeto de derecho distinto de su titular (*persona natural*);<sup>14</sup> es evidente que aquí hay un solo patrimonio —*el del empresario*— que desde la constitución de la empresa individual se divide en dos núcleos diferenciados, pero, como se verá, no exentos de la posibilidad de confusión. De modo que si uno prescindiera de la nueva persona jurídica, se devela la existencia de un solo patrimonio, el del titular de la empresa. Existe una incuestionable separación de patrimonios bajo una misma titularidad; siendo altamente probable que las parcelas en que se divide, o separa, se confundan y formen un solo todo frente a los acreedores de la empresa individual y, por qué no decirlo, también frente a los acreedores personales de su titular. Frente a estos acreedores, en principio, existe sólo un patrimonio: el del empresario; sea que se opte por dotar a la empresa de personalidad jurídica o simplemente tratarla como un patrimonio de afectación.

El artículo 10 de la ley evidencia la coexistencia de dos patrimonios bajo una misma titularidad, norma que regula la autocontratación en las empresas individuales —condicionando su validez a la observancia de ciertos requisitos—. El precepto reza: «los actos y contratos que el titular de la empresa individual celebre con su patrimonio no comprometido en la empresa, por una parte, y con el patrimonio de la empresa, por la otra, sólo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público. Estos actos y contra-

<sup>13</sup> Cfr. Historia de la ley N° 19.857, op. cit. nota N° 8, página 15. *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 7ª* (Anexo de Documentos), página 941.

<sup>14</sup> Nuestro legislador, como se sabe, al momento de crear la institución de la empresa individual de responsabilidad limitada, tuvo dos opciones: o recoger la doctrina del patrimonio de afectación; o la de la persona jurídica. Finalmente, optó por esta última, otorgando personalidad jurídica propia a la empresa individual, distinta de la de su titular. Véase nota N° 3 *supra*.

tos se anotarán al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días contados desde su otorgamiento». La norma diferencia nítidamente dos patrimonios, el propio del empresario no comprometido en la empresa y el de la empresa individual.<sup>15</sup>

Otra disposición útil, para este mismo propósito, es la que prescribe sobre los efectos de la nulidad del acto constitutivo. La norma precisa la extensión de la responsabilidad del empresario frente a los terceros acreedores, declarada que sea la nulidad. El artículo 7º es del siguiente tenor «la omisión de alguna de las solemnidades de los artículos 4º, 5º y 6º, importará la nulidad absoluta del acto respectivo. Si se tratare de la nulidad absoluta del acto constitutivo, el titular responderá personal e ilimitadamente de las obligaciones que contraiga en el giro de la empresa(...)». Como efecto de la retroactividad de la nulidad judicialmente declarada desaparece la división de patrimonios y los acreedores del empresario tienen a salvo su derecho de garantía general sin limitaciones, ni exclusiones: el empresario —en ese instante persona natural— responde ilimitadamente conforme el principio de la garantía general del artículo 2.465 del Código Civil. Llama la atención la expresión empleada por el legislador «*personal e ilimitadamente*», la que a mi juicio debe entenderse en el sentido que como se ha declarado la nulidad no cabe, ni el desdoblamiento de la persona del empresario, ni la ficción de la separación de un mismo patrimonio.

(3) Después de constituida la empresa individual, su titular goza de lo que en doctrina se ha venido en denominar «*beneficio de la responsabilidad limitada*», que puede invocar a todos sus acreedores, tanto los estrictamente empresariales, como los que no tengan tal carácter (los acreedores personales). El uso de la expresión «*responsabilidad limitada*» resulta apropiado desde que la empresa —*actuando dentro de su objeto*— si bien obliga todo su patrimonio y así lo dispone la ley (*idea de responsabilidad ilimitada*), éste como ya se ha expresado tiende a confundirse con el propio o personal del empresario, quedando este último, inevitablemente, expuesto a que los acreedores de la empresa ejerzan su derecho de crédito sobre su patrimonio personal. Si ello sucede, el empresario hará uso del beneficio de limitación de responsabilidad solicitando la exclusión de dicha ejecución de los bienes no comprometidos en la empresa. Lo mismo cuando el titular

<sup>15</sup> En esta norma se advierte una medida de protección de los acreedores de la empresa y de su titular; toda vez que busca evitar las transferencias de bienes de un patrimonio a otro que puedan inducir a error a estos terceros, al contratar con la empresa teniendo a la vista una apariencia patrimonial que es inconsistente con la realidad a causa, precisamente, de estas transferencias hechas sin observar los referidos requisitos de validez.

de la empresa, actuando a su propio nombre y fuera del giro de la empresa individual contrae una obligación y los acreedores intentan su ejecución sobre bienes de la empresa; aquí la empresa individual opondrá el beneficio de que se habla.<sup>16</sup> Esta es la regla general, dado que, como se verá, hay ciertos supuestos en que, con el fin de proteger los intereses de los acreedores, tanto de la empresa individual, como de su titular, se dispone la pérdida de este beneficio o la inoponibilidad de la persona jurídica.

## 2. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA INDIVIDUAL Y LA PROTECCIÓN DE SUS ACREEDORES

(1) Antes de analizar cómo se articula la responsabilidad civil de la empresa y la protección de los intereses de sus acreedores, forzosamente, uno debe preguntarse sobre la finalidad que se tiene en vista a la hora de establecer la institución objeto de estudio *¿Cuál es?* Lo que se persigue es la protección del empresario individual (*persona natural*) y, en particular, impedir, por un lado, que éste arriesgue todo su patrimonio en el ejercicio de su actividad empresarial o comercial y, por otro, que se vea obligado *—como sucede en la práctica—* a constituir sociedades comerciales fictas para lograr este mismo fin.<sup>17</sup> Para alcanzar esta finalidad, más bien de orden práctico y eco-

<sup>16</sup> Planteado así, pareciese que más que un beneficio de responsabilidad limitada, se trata de una especie de beneficio de separación de patrimonios, similar al de derecho de sucesiones de que es titular el acreedor hereditario (ex artículo 1.378 del Código Civil); con la particularidad que en esta sede es la empresa individual, o su titular, quien invocará este beneficio a sus acreedores según sea el caso. La empresa o su titular harán valer la división patrimonial, excluyendo aquellos bienes no comprometidos por virtud del derecho de garantía general.

<sup>17</sup> Sobre el particular el H. Senador, señor Sergio Fernández F., coautor de la moción parlamentaria presentada a tramitación, se pronuncia en los siguientes términos: «La justificación social de la innovación es clara: facilitar la creación de pequeñas empresas, de propiedad unipersonal, que, eventualmente, brinden luego trabajo a numerosas personas. Y eso, en forma reconocida y regulada por la ley, sin empujar al interesado a asociarse fictamente, sin ponerle trabas que lo disuadan, sin exponerlo a comprometer todo su patrimonio por el solo hecho de abordar una actividad que le permita ganarse la vida» Historia de la Ley N° 19.857, op. cit. nota N° 8, página 52., Séptima Sesión, de 30 de junio de 1993, *Diario de Sesiones del Senado*, página 776. El mismo en «Orígenes y Fundamentos de la Ley» en Seminario Empresas Individuales de responsabilidad Limitada E.I.R.L. Ley N° 19.857, *Colegio de Abogados de Chile A.G.*, 2003, páginas 3 - 10. González Castillo, Joel afirma «La decisión de legislar en torno a las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada surgió de la necesidad de acotar el riesgo del empresario individual que realiza negocios actuando bajo su propio nombre, arriesgando todos sus bienes personales para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el ejercicio de estos negocios. El denominado derecho de prenda general (agrega el autor) que permite que el acreedor pueda perseguir los bienes presentes y futuros del deudor». González Castillo, Joel, *Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada*, op. cit., páginas 6-7.

nómico, se autoriza a los comerciantes a constituir la empresa individual, a la que la ley le atribuye personalidad jurídica; empresa individual que —como se sabe— pasa a ser titular de un patrimonio propio, diferenciado del personal del empresario; patrimonio que, como se ha indicado, responde exclusivamente frente a sus acreedores. Es por ello que el legislador prevé —en su artículo 4— dentro de los elementos de la esencia del acto constitutivo, la mención del monto preciso del capital que se transfiere a la empresa, precisando si el aporte se hace en dinero, o en especies, siendo menester —en este último caso— la indicación del valor que se les asigna.<sup>18</sup>

Cabe destacar que la redacción inicial de la norma citada era diversa y empleaba la expresión «*capital inicial afecto y que se compromete en la empresa*»; frase que demuestra lo que hasta aquí se ha dicho, en el sentido que la finalidad que persigue el empresario al establecer estas empresas individuales es exactamente la afectación de una parte de su patrimonio de empresario (*capital inicial*) al cumplimiento de las obligaciones que contraiga la empresa actuando dentro de su giro, quedando a cubierto de la acción de los acreedores de la empresa respecto de los bienes que conforman aquella parte de su patrimonio no afecta, ni comprometida en la empresa.

(2) Considerando la finalidad que persigue el legislador al establecer estas empresas individuales con personalidad jurídica propia —*la protección del empresario a través del beneficio de limitación de responsabilidad*— resulta necesario conciliarla con la debida protección de los acreedores del empresario y de la empresa individual. Debe existir un razonable y adecuado equilibrio, de manera que la protección del interés del empresario no se traduzca, o en una abierta desprotección, o en un perjuicio pecuniario, a lo menos, mediato, para los acreedores de la empresa individual y de los personales de su titular. En resumen, uno no sólo debe pensar en la posición del empresario que, en ejercicio de su autonomía privada, constituye la empresa individual, sino también en la de los acreedores del empresario o de la empresa individual. La ley necesariamente debe conte-

<sup>18</sup> Cabe precisar que el proyecto de ley original era bastante más minucioso y exigente. De este modo, el artículo 4, letra c) exigía la expresión del monto preciso del capital inicial afecto y que se compromete en la empresa y si el aporte era en especies, debía indicarse su valor con los antecedentes fidedignos que justifiquen la estimación; el inciso segundo del artículo 8, exigía su individualización e inventario en la misma escritura de constitución o de modificación según sea el caso; y su tradición a la empresa se producía sólo cuando se cumpliesen las solemnidades exigidas por la ley para la constitución o modificación; además, se establecía un capital mínimo que, según el citado artículo 8 del proyecto, no podía ser inferior a quince unidades tributarias anuales.

ner normas protectoras de los intereses de terceros.<sup>19</sup> *Prima facie* puede afirmarse que el límite de la protección que la ley confiere al empresario está en el interés de los referidos acreedores. Ello quiere decir, de un extremo, que la constitución de la empresa individual no puede perjudicar los derechos válidamente adquiridos por los terceros acreedores por una causa anterior; y de otro, que el titular de la empresa no puede hacer un uso indebido de la persona jurídica de la empresa que perjudique el interés de los acreedores cuyos créditos tengan una causa posterior.

(3) Esta medida de protección se relaciona con la doctrina del levantamiento del velo o del abuso de la personalidad jurídica, en cuya virtud se autoriza a los terceros a desestimar, o no considerar, la persona jurídica y penetrar el sustrato personal que hay detrás de ella. El presupuesto de esta doctrina es, precisamente, el mal uso o el recurso indebido a la persona jurídica para un fin que no cae dentro del ámbito de protección de la norma que crea este ente ficticio.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Los autores de la moción H. Senadora señora Feliú y H. Senador señor Fernández, al fundamentarla, explican que ella propone normas indispensables para proteger a los terceros y que se traducen principalmente en tres: la publicidad de la empresa, el derecho de los interesados que puedan verse perjudicados a oponerse a la creación de la empresa; y el establecimiento de casos excepcionales en que el empresario responde ilimitadamente. En la historia de la ley se cita al abogado señor Libedinsky Tschorne, Marcos (*La empresa individual de responsabilidad limitada*, Memoria de Prueba, Editorial Universitaria, 1945) quien expresa que los terceros deben ser considerados en dos categorías principales, relacionadas con fases muy bien diferenciadas en la trayectoria de la entidad. La primera de ellas se refiere al momento en que se constituye la empresa e involucra a los acreedores del fundador y, la segunda, a la vida ulterior de la entidad y comprende a quienes se vinculan con ella. Y agrega, en otro sitio, que las medidas de protección consisten, fundamentalmente, en la publicidad del acto constitutivo y el derecho de oposición de los acreedores. Sesión 7ª (Anexo Documentos), página 947. *Historia de la ley N° 19.857* de 2 de febrero de 2003, op. cit. página 18.

<sup>20</sup> La doctrina del levantamiento del velo o del abuso de la personalidad jurídica tiene su origen en el derecho anglosajón en la institución del "*disregard of legal entity*" que en su traducción literal al español significa «falta de consideración o desestimación de la persona jurídica». Según esta doctrina cuando la persona jurídica ha sido utilizada con fines fraudulentos, los jueces pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para penetrar a través de ella y alcanzar a las personas y bienes que se esconden tras su estructura formal. Doctrina que encuentra su fundamento en la jurisdicción de la equidad del common law. Esta doctrina, primeramente la recoge la doctrina de los autores del sistema de derecho continental y luego la hace suya la jurisprudencia, pudiendo, inclusive encontrar manifestaciones concretas en legislaciones vigentes. Para un estudio particular de esta doctrina véase, entre otros: De Angel Yaguez, Ricardo, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, CIVITAS, 2ª Edición, Madrid, 1991. Aguad Deik, Alejandra, *Los límites de la personalidad jurídica. La doctrina del levantamiento del velo*, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Segunda parte, Fundación Fueyo, Editorial Jurídica de Chile, 2002, páginas 283 y siguientes y los comentarios críticos a su trabajo presentados por los profesores Álvarez Cruz, Raúl (op. cit. páginas 334 y siguientes) y Puelma Accorsi, Alvaro (op. cit. páginas 348 y siguientes).

No es el lugar para profundizar sobre esta doctrina de origen anglosajón, sin embargo, no puedo dejar de señalar que en la ley se prevé un mecanismo de protección a los acreedores posteriores a la constitución de la empresa que la recoge íntegramente; me refiero a la responsabilidad ilimitada del titular de la empresa, o la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad *ex* artículo 12, en cuya virtud se autoriza a los acreedores a desconocer la empresa individual y, consiguientemente, a dirigirse en contra de todos los bienes del patrimonio de su titular, como si la primera no existiese: desaparece para los acreedores la separación patrimonial característica de la institución. Empero, la ley guarda silencio respecto de la situación contraria, la de los acreedores perjudicados por el nacimiento de la persona jurídica unipersonal, silencio que, igualmente, puede colmarse acudiendo a principios generales de aplicación autónoma; como son el principio general de la seguridad jurídica, vinculado a la doctrina de la protección de la apariencia, que autorizarían al juez a declarar la ineficacia respecto de ese o esos acreedores de la persona jurídica. En ambas hipótesis la causa de la ineficacia es la inoponibilidad.<sup>21</sup> Sobre el particular me ocuparé más adelante.

Quiere significar esto que hay casos excepcionales en que la empresa no puede hacer valer el beneficio de limitación de responsabilidad que fluye de la delimitación patrimonial característica de esta institución, pudiendo los acreedores dirigirse en contra de todos los bienes que integran el patrimonio del titular de la empresa individual, como si ésta no existiese.

(4) De cualquier modo, es del caso precisar que la protección de los intereses de los acreedores de la empresa individual no se agota con la inoponibilidad de que se habla; hay otras medidas, o mecanismos, cuyo objeto específico es dar noticia de la existencia de la empresa individual a objeto que los terceros no se vinculen con ella bajo la apariencia de que lo están haciendo con la persona natural del

<sup>21</sup> Según la profesora Aguad Deik, Alejandra (op. cit., página 310), siguiendo a De Angel Yaguez, Ricardo, expresa que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo puede apuntar a dos cosas levemente distintas: De una parte, puede consistir en un mecanismo jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la personalidad jurídica con que se haya revestido a un grupo de personas (naturales o jurídicas) y bienes, negando su existencia autónoma, como sujeto de derecho, frente a una situación jurídica particular; o bien, de otra parte, puede consistir en un recurso jurídico que, sin negar la existencia autónoma de la asociación, se dirija a desatender alguno de los efectos de la personalidad jurídica; en especial sus privilegios, como son la responsabilidad limitada y la autonomía patrimonial.

empresario. En general, me refiero a la publicidad de la empresa individual.<sup>22</sup>

En lo que concierne a esta publicidad de la empresa, la ley impone al empresario la observancia de ciertos requisitos que cumplen el rol de dar publicidad a los terceros que constituyen relaciones jurídico-obligatorias con la empresa, sobre su propia existencia y las vicisitudes que ella experimente durante su vigencia. Por intermedio de estas medidas de publicidad se hace posible que los referidos terceros —en el plano de lo que debiesen conocer o considerar— sean conscientes que están contratando o relacionándose, no con el titular de la empresa (*persona natural*), sino con una persona jurídica distinta, dotada de un patrimonio separado y diferenciado del primero. Esta publicidad permite a los terceros adoptar las medidas pertinentes en resguardo de su derecho de crédito, sea exigiéndole a la empresa una garantía personal o real (*aval o fianza solidaria del propio titular de la empresa o de un tercero*); o contratar bajo unas condiciones diversas o derechamente absteniéndose de hacerlo. No cabe duda, por ejemplo, que los bancos exigirán a la empresa individual que pretende operar con ellos la fianza solidaria del titular de la empresa, ello bajo el entendido que éste tenga un patrimonio suficiente; de lo contrario, deberá obtener la garantía personal de un tercero.

Dentro de las medidas de publicidad se cuentan las solemnidades que exige el artículo 5 consistentes en la inscripción del extracto del acto constitutivo en el Registro de Comercio del domicilio de la empresa y su publicación en el Diario Oficial; solemnidades que son igualmente exigibles, como es natural, para el caso de modificaciones que se introduzcan a dicho acto constitutivo (*artículo 6*); y cuya inobservancia, cualquiera sea el caso, acarrea la nulidad absoluta del acto jurídico (*véase el artículo 7*). Se suma a lo anterior la exigencia de subinscribir al margen de la inscripción empresarial aquellos contratos celebrados conforme la disposición del artículo 10 (*autocontratación sujeta a la observancia de requisitos formales*).

<sup>22</sup> Libedinsky Tschorne, Marcos, después de identificar las medidas de protección de los acreedores, afirma que la publicidad del acto constitutivo viene a representar una medida que tiene una doble función: sirve para advertir a los acreedores del fundador que éste aporta sus bienes a la nueva entidad; y a los futuros contratantes con la empresa, sobre su naturaleza, forma en que se hacen los aportes, patrimonio y administración de esta misma, etcétera. Sesión 7ª (Anexo de Documentos), op. cit. *supra*.

#### IV. INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA DE LA EMPRESA INDIVIDUAL Y LA GARANTÍA PATRIMONIAL DE LOS ACREEDORES

##### 1. DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE GARANTÍA GENERAL DE LOS ACREEDORES DE LA EMPRESA. REGLAS APLICABLES

Como lo he expresado en reiteradas ocasiones, en la empresa individual se diferencia nítidamente el patrimonio personal, del empresarial (*capital de la empresa*), cada uno con sus respectivos activos y pasivos. Esta demarcación patrimonial<sup>23</sup> se resuelve en la limitación del derecho de garantía general de los acreedores, o de la empresa individual, o de su titular. Las reglas que establece la ley sobre el particular son las que se pasan a relacionar:

(1) La empresa responde exclusivamente por las obligaciones contraídas dentro de su giro, con todos sus bienes (*Artículo 8*).<sup>24</sup> Esta regla explica aquello que se afirma en la primera parte de este trabajo, la empresa individual responde ilimitadamente con todos sus bienes ¿*Cuáles?* los que integran su capital que no es sino una parcela del patrimonio total del titular de la empresa. Hay una separación de patrimonios, máxime si se considera el límite de la garantía patrimonial de los acreedores en tanto éste no se extiende a las utilidades líquidas retiradas por el titular de la empresa, puesto que producido el retiro pasan a la otra parcela del patrimonio, aquélla no comprometida en la empresa (*véase el artículo 11*). Esta regla da lugar a un verdadero juego de palabras, si bien la empresa individual responde ilimitadamente con todos los bienes que forman su patrimonio; su titular no obliga los bienes que integran su patrimonio personal (*se infiere de la regla de las utilidades líquidas retiradas*); apareciendo aquí la figura del beneficio de responsabilidad limitada o de la limitación de responsabilidad que puede invocar el titular de la empresa ¿*En qué casos?* Cuando un acreedor de la empresa individual, haciendo uso de su derecho de garantía general, persiga bienes no compro-

<sup>23</sup> Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, páginas 568-569: «La responsabilidad limitada de la empresa individual constituye una auténtica parcelación y demarcación de la responsabilidad patrimonial universal con que nacieron a la vida jurídica nuestros vetustos Códigos Civiles. «se nos presenta —y se nos impone en cierto modo— una regla *pro debitore*, muy propia de los últimos tiempos; en contraste con las de carácter *pro creditore*, muy frecuentes en los Códigos decimonónicos».

<sup>24</sup> El artículo 9 de la ley precisa que son actos de la empresa los ejecutados bajo el nombre y representación de ella por su administrador.

metidos en la empresa (*patrimonio personal o no empresarial*) y el titular de la empresa alega su exclusión de la ejecución.

(2) Los acreedores personales del titular de la empresa no tienen acción sobre los bienes de esta última. El contrapeso de la regla del artículo 8 de la ley se encuentra en el precepto del artículo 13, norma que tiene el siguiente tenor: «Los acreedores personales del titular no tendrán acción sobre los bienes de la empresa. En caso de liquidación, tales acreedores sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de la empresa». Esto quiere decir que los acreedores personales del titular de la empresa no tienen acción en contra de los bienes que conforman el patrimonio de la empresa. La garantía patrimonial de tales acreedores se limita a los bienes que conforman el patrimonio no comprometido en la empresa (*ex artículo 10*). Si, a pesar de ello, los acreedores intentan la ejecución de sus créditos en bienes de la empresa, a ésta le asiste el mismo beneficio de que es titular el empresario.

A mi entender, más que de un beneficio de limitación de responsabilidad, debiese hablarse de beneficio de exclusión que la ley pone a disposición de la empresa y de su titular, precisamente, porque lo que se pide al Tribunal es que excluya de la ejecución ciertos bienes por cuanto no integran la garantía patrimonial del acreedor demandante y con ello se logra delimitar la esfera patrimonial que el deudor compromete al momento de contratar. Pese a lo anterior, en estas líneas se aludirá al beneficio de limitación de responsabilidad, teniendo en cuenta, eso sí, lo aquí dicho.

## 2. INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA DE LA EMPRESA INDIVIDUAL O PÉRDIDA DEL BENEFICIO DE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA DE LA EMPRESA INDIVIDUAL Y DE SU TITULAR

No obstante que la regla general es la limitación de responsabilidad patrimonial, hay ciertas excepciones que se resuelven, por un lado, en supuestos en que el empresario compromete su patrimonio. Ello así acontece respecto del pago efectivo del aporte que el titular de la empresa se hubiere obligado a realizar (*artículo 8 inciso segundo*),<sup>25</sup> pu-

<sup>25</sup> «El titular de la empresa responderá con su patrimonio sólo del pago efectivo del aporte que se hubiere comprometido a realizar en conformidad al acto constitutivo y sus modificaciones».

diendo los acreedores de la empresa dirigirse contra el empresario para que entere el aporte y si no lo hace, ejecutar dicha obligación en su patrimonio. Y, por otro, cuando la ley impone la «*responsabilidad personal e ilimitada del empresario*», alcanzando inclusive los bienes del patrimonio de la empresa individual. El acreedor de la empresa individual está legitimado para desestimar la personalidad jurídica de la empresa (*doctrina del levantamiento del velo*) y ejercer su acción directamente no sólo en contra de los bienes de la empresa, sino también de los bienes de su titular, como si la primera no existiera. Cae la ficción de la personalidad jurídica para ese caso y se produce una verdadera reconstrucción del patrimonio originario del empresario: El artículo 12 de la ley establece los casos en que se produce este ensanchamiento de la garantía patrimonial de los acreedores.

Asimismo, debe considerarse la situación de los acreedores personales del titular de la empresa anteriores a la constitución de la empresa y que ella les perjudique debido a que como consecuencia de su creación, el patrimonio del constituyente disminuya en tal medida que impida la completa satisfacción de su crédito.

En lo que resta de este trabajo examinaré, primeramente, la situación de los acreedores anteriores a la constitución de la empresa individual y los remedios de que disponen frente al perjuicio o lesión de su derecho de crédito que pudiera causársele; seguidamente, los supuestos en que el titular de la empresa individual, por haber hecho un uso indebido o inapropiado de su personalidad jurídica, pierde su beneficio de limitación de responsabilidad; y, finalmente y por la relación que tiene con la materia objeto del presente trabajo, me referiré a la situación de los acreedores de la empresa cuando la empresa individual termina por el aporte de su capital que hace el titular a una sociedad (*artículos 15, letra c) y 16*).

### 3. SITUACIÓN DE LOS ACREEDORES DEL EMPRESARIO AL MOMENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA EMPRESA

#### 3.1. Supuesto no previsto por la ley: laguna *preater legem*

Se lee en el Informe de la Comisión de Constitución del Senado que «*En cuanto a los acreedores del empresario, en realidad el patrimonio de este último teóricamente no sufre sino una disminución cuantitativa, pues paralelamente al aporte de bienes aquél*

*adquiere un derecho o interés de igual valor sobre la empresa. Como consecuencia, los acreedores particulares del fundador podrán accionar sobre las ganancias que a éste corresponden o sobre el remanente que se le adjudicare en caso de liquidación de la entidad. Pero es indudable que tales acreedores tendrían que perder su acción directa sobre los bienes aportados; por lo tanto, su garantía común se debilita, de donde resultan justificadas las medidas que se proponen para evitar que sean sorprendidos o perjudicados en este sentido. Tales medidas, consisten, fundamentalmente, en la publicidad del acto constitutivo y en el derecho de oposición de esos acreedores».*<sup>26</sup>

Del párrafo transcrito se infiere inequívocamente que no es indiferente para los acreedores del empresario la constitución de la empresa individual y la transferencia de parte de sus bienes a la nueva persona jurídica que se crea. No debe descuidarse la circunstancia que es el propio empresario el que resuelve constituir - *por su voluntad unilateral* - una empresa individual, disminuyendo su patrimonio originario - *representativo del derecho de garantía general de sus acreedores a esa fecha*.

Como se ha denunciado, la ley nada prevé sobre el particular. Se está en presencia de una laguna que los jueces del fondo están llamados a integrar cuando la constitución de la empresa individual lesione o perjudique el derecho de crédito de los acreedores anteriores.

A diferencia de lo que sucede con nuestra ley, en el derecho comparado hay ordenamientos que han zanjado expresamente la cuestión. Así, en Portugal la ley sobre los «*establecimientos individuales de responsabilidad limitada*»<sup>27</sup> prevé la responsabilidad subsidiaria de la empresa respecto de los acreedores anteriores a su constitución; en términos tales que el patrimonio afectado atenderá a las obligaciones asumidas antes de la publicación del acto constitutivo en caso que los bienes del titular resultaren insuficientes. En el derecho italiano,<sup>28</sup> por su parte, se dispone que cuando la sociedad se constituye por un acto

<sup>26</sup> Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Diario de Sesiones del Senado, Sesión 7ª, página 947, *Historia de la ley N° 19.857*, op. cit nota N° 8, página 18.

<sup>27</sup> Decreto Ley N° 248-86, del 25 de agosto de 1986, que introduce el «establecimiento individual de responsabilidad limitada» (E.I.R.L) sobre la base de un patrimonio de afectación. Su artículo 10 dispone que el patrimonio de E.I.R.L. solamente responde por las deudas contraídas en el desarrollo de las actividades comerciales en el ámbito de la respectiva empresa. No obstante, si los restantes bienes del titular fueren insuficientes, aquel patrimonio responde por cualesquiera deudas que éste haya contraído antes de efectuada la publicación del acto constitutivo.

<sup>28</sup> Decreto legislativo N° 88 de 3 de marzo de 1993, que modifica el artículo 2.475 del Código Civil italiano, autorizando la sociedad originariamente unipersonal de responsabilidad limitada.

unilateral, la sociedad unipersonal y el socio fundador responden solidariamente por las obligaciones con una causa en una operación anterior a su inscripción.<sup>29</sup>

Lo que llama enormemente la atención es que la moción presentada al Congreso el año 1991 contemplaba un mecanismo de protección a favor de los acreedores perjudicados por la constitución de la empresa y que se traducía en el derecho de oposición de éstos, estableciéndose inclusive el procedimiento a que se sometería dicha oposición. En efecto, el artículo 10 (*inciso primero*) tenía el siguiente tenor: «*Los acreedores personales del titular u otros interesados que se consideren perjudicados por la creación de la empresa individual, podrán oponerse a su constitución dentro de los sesenta días siguientes a la publicación del extracto referido en el artículo 5, ocurriendo ante el juez de letras del domicilio de la empresa, el que resolverá en procedimiento sumario sobre la constitución, debiendo negarla si de la creación de la empresa pudiere seguirse perjuicio a terceros y el empresario no dé garantías suficientes para el pago de las deudas*». Cabe consignar que en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado que se pronuncia sobre el proyecto se sostiene que en defecto de esta medida de protección, los acreedores, haciendo uso de su derecho de garantía general, estarían autorizados a dirigirse en contra del patrimonio íntegro del empresario, esto es, el propio suyo y el de la empresa que está constituyendo.

Este artículo es eliminado después que el Gobierno informase que no cabía imponer exigencias, como la del precepto comentado, a la empresa individual que la ley no prevé para las sociedades de responsabilidad limitada. Lo curioso es que la disposición se elimina, sin que quienes presentan la moción a tramitación o la propia Comisión respectiva propusiesen incluir la medida de protección subsidiaria, esto es, la de la inoponibilidad de la empresa respecto de los acreedores anteriores. Al eliminar la norma del proyecto, no se plantea el problema de la protección de los acreedores, el acento se pone en el posible efecto inhibitor de esta exigencia.

<sup>29</sup> En el derecho alemán también se contempla una medida de protección a favor de los acreedores que se aproxima a la establecida en los ordenamientos de referencia al disponer que la persona natural o jurídica que constituya una sociedad de fundación unipersonal mantiene responsabilidad ilimitada por las obligaciones contraídas durante el iter constitutivo. La institución de la sociedad de fundación unipersonal se introduce mediante una modificación de 4 de julio de 1980 a la ley de sociedades de responsabilidad limitada (*GmbHG*) de 20 de abril de 1892.

Corresponde ahora formular dos interrogantes: ¿cómo se suple esta laguna? ¿de qué remedios o mecanismos protectores dispone un acreedor anterior a la constitución de la empresa individual que ve lesionado su derecho de crédito? Para responder fundadamente a estas interrogantes debo referirme, en general, al problema de la protección de los intereses de terceros frente a la actuación ajena en nuestro derecho privado y a la solución del mismo.

### 3.2. Protección de los intereses de terceros perjudicados por una actuación ajena posterior

Junto con proteger los intereses del empresario, permitiéndole escindir su patrimonio, arriesgando sólo una parte; surge también la necesidad de resguardar debidamente los intereses de los terceros acreedores anteriores a la constitución de la empresa individual, observándose el principio esencial de la «*seguridad jurídica*», que constituye la base de un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídico-patrimoniales. La seguridad jurídica permite que los terceros celebren contratos en la confianza que éstos no involucran otros riesgos que los previstos originalmente por ellos mismos, en particular, aquéllos asociados a actuaciones, lícitas o ilícitas, provenientes de otros y que le causan un perjuicio, posteriores al momento en que estos terceros adquieren sus derechos.<sup>30</sup> Este fin se alcanza cuando los terceros disponen de mecanismos para la protección de sus derechos o intereses ante la actuación ajena que les perjudica. La seguridad jurídica se vincula estrechamente con la doctrina de la protección a la apariencia jurídica que la doctrina la define comúnmente como «*aquel principio en virtud del cual quien actúa guiándose por las situaciones que contempla a su alrededor, debe ser protegido si posteriormente se pretende que esas situaciones no existen o tienen características distintas de las ostensibles*».<sup>31</sup> Esta mínima protección se explica dado que resulta indispensable que quienes operan en el tráfico jurídico tengan la tranquilidad que si ellos actúan motivados por la realidad

<sup>30</sup> Ragel, Luis Felipe, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*. Tirant Monografías, Valencia, 1994, página 97: «El tercero podrá actuar confiando en que no le han de perjudicar los actos llevados a cabo por otras personas y que sean desconocidos o posteriores respecto al momento en que ese tercero adquiere sus derechos».

<sup>31</sup> Peñailillo Arévalo, Daniel, *Protección a la apariencia en el Derecho Civil*, Universidad de Concepción, 1999, página 3.

concreta que se les presenta —y en la que se asienta su actuación— sin contravenir la ley o la buena fe objetiva, estén garantizados en que los efectos de tales actuaciones se van a respetar a ultranza y que en caso de conflicto con una actuación ajena que perjudica tales efectos reciban la debida protección».<sup>32</sup> ¿Cómo se materializa esta protección? Autorizando a los terceros perjudicados a desconocer todo aquello que no les fue posible observar o conocer al momento de desplegar su actuación, para ellos sólo existe y produce efectos la apariencia que motivó o justificó su actuación; todo lo demás carece de efectos en tanto les es inoponible.<sup>33</sup>

Cabe ahora preguntarse, cuándo debe otorgarse esta protección a los terceros. Y las posibilidades a este respecto son dos: sólo cuando la ley lo prevé expresamente o en todo caso, ya que esta protección de los terceros perjudicados por actuaciones ajenas constituiría un principio general del derecho privado. A mi juicio, la protección a los terceros no puede quedar condicionada a la preexistencia de un mecanismo legal, sino que éstos pueden invocarla toda vez que una actuación ajena posterior perjudique un derecho que hayan adquirido con anterioridad. Se trata de un principio general que se induce de disposiciones legales específicas que establecen como límite al ejercicio de facultades y derechos el interés ajeno, haciendo prevalecer este último cuando resulta

<sup>32</sup> Así se recoge de Peñailillo Arévalo, Daniel, op cit., página 13. El autor expresa: «en el mundo de la negociación se necesita que quienes actúan tengan una mínima tranquilidad en orden a que actuando lícitamente y guiándose por lo que observan en torno a ellos, desplegando una mediana diligencia para cerciorarse de que lo que ven es realidad, estén garantizados en los efectos, y llegado el momento de una discordia, reciban el amparo judicial». Como expresa Brant Zumarán, María Graciela: «por sobre la realidad, y aun cuando ésta resulte absolutamente opuesta, se impone la apariencia, conforme a la cual actúa el tercero, amparado por el derecho» Y en otro sitio, vinculando la protección de la apariencia con el principio de la buena fe objetiva añade: «Es posible apreciar que existe una clara relación entre la protección que el derecho confiere a la apariencia y la noción de buena fe objetiva, por cuanto en definitiva el fundamento de dicha protección radica en que el tercero, al momento de actuar, lo hace en el convencimiento de que lo que aprecia, lo externo, es lo real, e ignora la existencia de la verdadera realidad. Si lo supiera, claramente no sería merecedor de amparo alguno, porque estaría obrando contrariando el principio de la buena fe objetiva, y mal podría invocar la inoponibilidad a objeto de desconocer aquello de lo que estuvo plenamente consciente». (*Los Bienes Familiares: Problemas de Aplicación y Protección a terceros. Doctrina y Jurisprudencia*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, inédita, Valparaíso, 2003, páginas 60 y 61).

<sup>33</sup> La protección de la apariencia jurídica se vincula muy estrechamente con la doctrina de la preeminencia de la anterioridad de los derechos frente a la actuación jurídica ajena, doctrina que ordena la prevalencia de los derechos adquiridos por ellos e impide que puedan verse perjudicados por actos o contratos posteriores no consentidos. Para Ragel, Luis Felipe esta doctrina constituye el fundamento inmediato de la sanción de ineficacia inoponibilidad entendida como medio de resguardo de los terceros, la que se materializa para éste en «la facultad de considerar aquel acto posterior como no realizado». Ragel, Luis Felipe, op.cit., páginas 107 y 108.

perjudicado.<sup>34</sup> Como afirma JEREZ DELGADO, CARMEN, «entre proteger un beneficio y evitar un perjuicio, se debe optar por lo segundo, sobre todo si la causa de este beneficio es jurídicamente más débil que la del derecho perjudicado».<sup>35</sup> Invocando este principio o regla general, los terceros pueden alegar la inoponibilidad de aquella actuación ajena que les perjudica, remedio que actúa y se desenvuelve objetivamente, al margen de cualquier consideración de si ha habido intención o mala fe de parte del tercero. Surge así la noción de los actos jurídicos objetivamente fraudulentos.<sup>36</sup>

### 3.3. Concreta protección de los acreedores anteriores a la constitución de la empresa individual

De lo expresado en el párrafo aparece de manifiesto que a los acreedores anteriores a la constitución de la empresa individual no les resulta indiferente esta circunstancia, sobre todo si ella les perjudica en sus intereses o, más concretamente, obsta a la satisfacción de su derecho de crédito. Cuando estos acreedores contratan con la persona natural del empresario lo hacen en vista a su solvencia y capacidad financiera, la que desde luego experimentará una disminución al momento de constituir la empresa individual y hacer el aporte correspondiente; una parte del patrimonio del empresario se transfiere al patrimonio de una nueva persona

<sup>34</sup> Así por ejemplo: a).- en materia de renuncia de los derechos, conforme el artículo 12 del Código Civil si el derecho objeto de la misma no mira sólo el interés individual, sino también compromete el de terceros, esa renuncia en tanto les perjudica es ineficaz; b) la misma definición de derecho de propiedad o dominio limita el ejercicio de las facultades inherentes al mismo al derecho ajeno (artículo 582 del Código Civil); c) la acción pauliana o revocatoria del artículo 2.468 del Código Civil que pone límite al ejercicio de la facultad de libre disposición de los bienes y a la propia autonomía privada; d) en materia de regímenes económicos matrimoniales, se establecen expresamente medidas de protección de los intereses de terceros, siendo la más significativa, la de la convención matrimonial del artículo 1.723 del Código Civil, cuyos efectos reconocen con límite los derechos de terceros válidamente adquiridos; en el régimen de participación en los gananciales, el artículo 1.792-25 del Código Civil, prescribe que los créditos contra un cónyuge, cuya causa sea anterior al término de régimen de bienes (momento en que nace el crédito de participación en los gananciales) preferirán al crédito de participación en los gananciales. En el régimen primario de los bienes familiares según el artículo 147 la constitución judicial de los derechos reales de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares a favor del cónyuge no propietario no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución. e) en materia de retractación de la oferta, si bien se trata de un acto lícito - en tanto el proponente tiene la facultad de retractarse, si su ejercicio causa un daño al destinatario, deberá resarcirlo (artículo 100 del Código de Comercio).

<sup>35</sup> Jerez Delgado, Carmen, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, Centro de Estudios Registrales, 1999 Madrid, página 7.

<sup>36</sup> Véase: Jerez Delgado, Carmen, op. cit. *supra*.

—la empresa individual— que nace a la vida jurídica. Si la constitución de la empresa individual y la consiguiente disminución patrimonial de su titular perjudica a un acreedor con causa anterior, a mi juicio, éste tiene a su disposición el remedio de la inoponibilidad que se traduce en el desconocimiento de la personalidad jurídica o del beneficio de la limitación de responsabilidad y que le autoriza a dirigirse en contra de todo el patrimonio del empresario, como si la empresa individual no existiese. Tiene aplicación, entonces, la doctrina del levantamiento del velo a la que me referí en líneas anteriores.

Y surge ahora la pregunta de cuándo se entiende que se causa un perjuicio a los acreedores; muy simple, no se alude al perjuicio o daño extracontractual entendido como consecuencia material de una lesión de un interés legítimo, sino que a la imposibilidad, total o parcial, de que el acreedor pueda satisfacer su crédito. Hay que precisar, en todo caso, que no bastará la prueba de dicha imposibilidad, se requerirá, además, la concurrencia de la relación de causalidad entre ésta y la constitución de la empresa individual. Lo anterior se expresa en términos que el acreedor debe alegar y probar que la constitución de la empresa individual ha disminuido de modo tal el patrimonio de su deudor (el titular de la empresa) que sus bienes no son suficientes para cubrir, en todo o parte, su crédito. En la práctica, seguramente, ocurre lo mismo que en materia de cambio de régimen matrimonial conforme el artículo 1.723 del Código Civil; los terceros invocan la inoponibilidad por vía de acción con el solo mérito de la celebración de la convención matrimonial, siendo de cargo del demandado la prueba de que esta última no ha perjudicado su derecho de crédito.

En síntesis, a partir de la historia del establecimiento de la ley y el principio general de protección de los terceros frente a las actuaciones ajenas que les perjudican, se concluye que la constitución de una empresa individual no puede perjudicar el derecho de crédito de los acreedores anteriores; y si dicho perjuicio se produce éstos tienen a salvo su acción contra todo el patrimonio del titular de la empresa, como si la empresa individual no existiese. El acreedor perjudicado puede alegar fundadamente la inoponibilidad de la empresa individual.

Esta es mi opinión y admito que otros puedan adoptar una interpretación literal de la ley y recurriendo a la historia de la misma llegar a concluir que este conflicto se encuentra resuelto a favor de la empresa individual y que los terceros sólo podrán impugnar el

acto constitutivo ejerciendo las acciones establecidas por el derecho común. No hay que perder de vista que se trata de una institución nueva y que los autores que a la fecha la han estudiado no se pronuncian sobre el particular. Por ello, si la solución integradora propuesta es desechada, necesariamente habrá que acudir al derecho común, en particular, a los remedios que el ordenamiento prevé para la protección de terceros perjudicados por una actuación ajena, como la acción pauliana o revocatoria o la de simulación, a través de las cuales se lograría la ineficacia del acto constitutivo. También habrá que tener en mente el remedio general de la indemnización de daños conforme las reglas generales cuando concurra el supuesto de hecho de la responsabilidad aquiliana (*delito o cuasidelito*), intentando enmarcar la constitución de la empresa individual como un caso de abuso del derecho. En fin, sólo me limito a precisar cuáles serían las soluciones alternativas ante el rechazo de la tesis que aquí se sostiene.

Desde luego, las consecuencias no serán las mismas según se opte por la inoponibilidad de la persona jurídica; o por el ejercicio de la acción revocatoria o la de simulación. En el primer caso, sencillamente, la persona jurídica o la limitación de la responsabilidad es inoponible a los acreedores, pudiendo éstos, sin más, dirigirse en contra de los bienes del deudor, empresario, cualquiera sea el patrimonio que integren: sea el personal, sea el de la empresa. En cambio, si se opta por el ejercicio de la acción pauliana o de simulación, el acreedor persigue que se declare la ineficacia (*revocación o nulidad*) del acto constitutivo, con el objeto último que los bienes aportados a la empresa regresen al patrimonio originario del empresario. En el primer caso, la empresa individual subsiste; en cambio, en el segundo, ella desaparece de la vida jurídica.<sup>37</sup>

#### 4. SITUACIÓN DE LOS ACREEDORES DURANTE EL FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Durante la vigencia de la empresa individual el legislador prevé algunas medidas de protección de los acreedores; medidas que tienen por objeto, por un lado, evitar la confusión de patrimonios o la

<sup>37</sup> A estos efectos, conviene tener a la vista la norma del artículo 7 de la ley «Si se tratare de la nulidad absoluta del acto constitutivo, el titular responderá personal e ilimitadamente de las obligaciones que contraiga en el giro de la empresa».

comunicabilidad entre ambos; y, por otro, apereibir o sancionar al empresario o titular de la empresa que hace un uso indebido o abusa de la personalidad jurídica en desmedro de los acreedores.

El artículo 12 enumera los supuestos en que el empresario responderá ilimitadamente con sus bienes. Como se ha anunciado, la ley establece la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la empresa individual o de su beneficio de la responsabilidad limitada, recogiendo la doctrina del levantamiento del velo o del abuso de la personalidad jurídica. La doctrina habla de privación o pérdida del beneficio de la responsabilidad limitada. Sustantivamente, cualquiera sea la denominación que se le dé, los acreedores quedan facultados para desconocer la existencia de la empresa individual y, consecuentemente, pueden ejercer su derecho de crédito en todo el patrimonio del empresario.

Con relación con la norma de la autocontratación me limitaré a señalar que el legislador exige la observancia de solemnidades para el valor de los contratos que celebre el titular de la empresa con la empresa misma, cuya omisión acarrea la nulidad absoluta del acto o contrato de que se trate. O sea, aun cuando se trate de actos o contratos consensuales, la ley los eleva a la categoría de solemnes (escrituración y protocolización del acto por Notario Público); y no sólo eso, su eficacia respecto de terceros queda sujeta a la observancia de una formalidad por vía de publicidad, la subinscripción del acto o contrato al margen de la inscripción empresarial (*véase el artículo 10*).<sup>38</sup>

#### 5. SUPUESTOS DE INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA O DE PÉRDIDA DEL BENEFICIO DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA (EX ARTÍCULO 12)

La ley, en determinados casos, priva al titular de la empresa individual del beneficio de la responsabilidad limitada o autoriza a los acreedores a desconocer la personalidad jurídica; declarándolo responsable ilimitadamente por las obligaciones a que se refiere la ley en su artículo 12.

<sup>38</sup> «Artículo 10.- Los actos y contratos que el titular de la empresa individual celebre con su patrimonio no comprometido en la empresa, por una parte, y con el patrimonio de la empresa, por la otra, sólo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público. Estos actos y contratos se anotarán al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días contados desde su otorgamiento.» Sobre la autocontratación en materia de empresas individuales, véase: González Castillo, Joel, *Empresas individuales de responsabilidad limitada*, op. cit., páginas 69-70. Sahli Cruz, Juan Carlos, «La empresa

«Artículo 12.- El titular responderá ilimitadamente con sus bienes, en los siguientes casos: a) Por los actos y contratos efectuados fuera del objeto de la empresa, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos; b) Por los actos y contratos que se ejecutaren sin el nombre o representación de la empresa, para cumplir las obligaciones que emanen de tales actos y contratos; c) Si la empresa celebrare actos y contratos simulados, ocultare sus bienes o reconociere deudas supuestas, aunque de ello no se siga perjuicio inmediato; d) Si el titular percibiere rentas de la empresa que no guarden relación con la importancia de su giro, o efectuare retiros que no correspondieren a utilidades líquidas y realizables que pueda percibir, o e) Si la empresa fuere declarada en quiebra culpable o fraudulenta».<sup>39</sup>

No es del todo feliz la expresión «*responsabilidad ilimitada*» empleada por el legislador, dado que ello podría llevar a pensar *—y así se advierte en la opinión de algunos autores*<sup>40</sup>— que, en casos como éstos, el legislador ordena la responsabilidad individual y personal del titular de la empresa, quedando a salvo el patrimonio de la em-

---

individual de responsabilidad limitada», *Actualidad Jurídica*, N° 8, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago – Concepción, julio 2003, páginas 133-134. El último autor se hace cargo del supuesto de garantías otorgadas por la empresa para caucionar obligaciones personales del titular de la empresa y aquellas otorgadas por el titular de la empresa para la seguridad de obligaciones empresariales. Finalmente, Concha Gutiérrez, Carlos, se refiere a la autocontratación como la «posibilidad de contratar entre estos dos bolsillos» y agrega que «Al admitir la contratación entre el Dr. Merengue y el 'Otro Yo' del Dr. Merengue se abren posibilidades de actos que en otras circunstancias habrían sido considerados fraudulentos y que ahora sólo podrían serlo bajo la teoría de la penetración de la personalidad jurídica o de levantamiento del velo, posibilidad que puede quedar eventualmente vedada al reconocerse formalmente la responsabilidad separada de la empresa y el titular». «La empresa individual de responsabilidad limitada» en *Revista del Abogado*, N° 27, Colegio de Abogados de Chile, abril 2003, página 36.

<sup>39</sup> González Castillo, Joel critica la norma por su amplitud e imprecisión, estimando que ella será un gran obstáculo para el desarrollo de las empresas individuales de responsabilidad limitada. González Castillo, Joel, *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, op. cit., páginas 87-88.

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, Prado Puga, Arturo, al referirse a la responsabilidad de la empresa por los actos pertenecientes a su giro expresa: «En cambio, la imputación de responsabilidad personal del titular de la empresa está fijada perentoriamente en el artículo 12 de la ley al señalar que el titular de la empresa responderá ilimitadamente con sus bienes personales 'a) Por los actos y contratos efectuados fuera del objeto de la empresa, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos'. No queda duda que el autor entiende la norma en el sentido que ella excluye la responsabilidad de la empresa individual, limitándola a los bienes personales de su titular». Prado Puga, Arturo, op. cit., página 26. Por su parte, Concha Gutiérrez, Carlos, también interpretando erróneamente la norma afirma que en las situaciones de las letras a) y b) del artículo 12 la ley no es clara, de modo que no se sabe si las acciones contra el titular de la empresa son compatibles con una acción en contra de la empresa, al menos por el beneficio que le hubiere reportado el acto o contrato. Concha Gutiérrez, Carlos, op. cit., nota N° 40, página 37.

presa; idea que es consecuente con la explicación que arriba se ha dado sobre la denominación de estas empresas de «*responsabilidad limitada*». Todo sujeto de derecho responde ilimitadamente, con todo su patrimonio, frente a sus acreedores y ello quiere decir que lo hace con todos sus bienes. Sin embargo, una interpretación como ésta resulta absurda; el legislador cuando expresa que «*el titular responderá ilimitadamente con sus bienes*» está ordenando la responsabilidad del titular de la empresa con todos sus bienes, esto es, los suyos personales no comprometidos en la empresa y los empresariales.

Tras esta norma se encuentra el mismo principio de la seguridad jurídica y la doctrina de la protección de la apariencia. La diferencia con el supuesto de los acreedores anteriores del empresario, es que aquí la ley expresamente establece un mecanismo a favor de los acreedores cuyos créditos tienen una causa posterior a la constitución de la empresa individual, mecanismo que coincide con el propuesto por la doctrina: la inoponibilidad.

En estas líneas me limitaré a comentar algunos de los supuestos del artículo 12, los que parecen más relevantes para el objeto del presente trabajo.

A.- Actos de la empresa fuera de su objeto (*Artículo 12, letra a*). La ley se plantea la hipótesis de que la empresa ejecuta un acto o celebra un contrato fuera de su objeto. Obviamente, se está haciendo uso de la persona jurídica de la empresa individual para efectos diversos de los que el propio empresario fundador tuvo en cuenta al momento de constituir la. La ley sanciona este uso indebido de la personalidad jurídica, autorizando al acreedor que contrató en la confianza que lo hacía con la empresa individual, para dirigirse en contra de todos los bienes del empresario, incluidos los personales y los de la empresa individual. Obviamente, este acreedor no puede quedar expuesto a que el titular de la empresa le oponga el beneficio de la responsabilidad limitada, excluyendo de la ejecución los bienes comprometidos en la empresa, toda vez que el tercero contrató con la empresa individual.

B.- Actos del empresario dentro del giro de la empresa, pero ejecutados a título personal (*artículo 12, letra b*). El empresario, actuando dentro del giro u objeto de la empresa, ejecuta un acto o celebra un contrato, pero no lo hace a nombre o en representación de la empresa individual. El empresario que ejecuta el acto o contrata crea la apariencia en el tercero que sigue operando como empresario individual no personificado y en esa confianza el tercero se vincula con él. En otros términos, el tercero contrata con el empresario entendiendo que

éste cuando se obliga está obligando todo su patrimonio (*ex artículo 2.465 Código Civil*); para el tercero se trata de un empresario individual que no ha adoptado la organización que pone a su disposición la ley en estudio y, por ello, no adopta más medidas, o precauciones, que las normales respecto de la contratación con una persona natural. Sin embargo, al momento de ejecutar su crédito, el empresario le opone el beneficio de limitación de responsabilidad, intentando excluir de los bienes sobre los cuales recae la ejecución, aquellos que integran el patrimonio de la empresa ¿por qué? Porque el acto o contrato no ha sido celebrado a nombre y en representación de la empresa individual. La norma y la consecuente responsabilidad ilimitada del empresario se explican por sí sola.

C.- Actos ilícitos que suponen un abuso de la personalidad jurídica por parte del titular de la empresa (*artículo 12, letra c*). El empresario usa la persona jurídica de la empresa individual para fines ilícitos, aunque con ello no cause un perjuicio inmediato a los terceros. La ley se refiere a los actos y contratos simulados, a la ocultación de bienes y al reconocimiento de deudas supuestas. Cualquiera de estos actos pone en riesgo la satisfacción del derecho de crédito de los acreedores, en tanto producen una disminución de su derecho de prenda general. El tercero que pretenda alegar la inoponibilidad de la persona jurídica o la pérdida del beneficio de la responsabilidad limitada no requiere probar el perjuicio que le causa el acto de que se trate, sino que le será suficiente probar la simulación, la ocultación o que el reconocimiento se refiere a una deuda inexistente. Su interés estará justificado por la sola disminución patrimonial que cualquiera de estos actos entraña. Ello explica la redacción de la norma que en su parte final agrega «*aunque de ello no se siga un perjuicio inmediato*». Esta disposición demuestra que la inoponibilidad de la persona jurídica la puede alegar cualquier acreedor que justifique su interés y éste se traduce en la posibilidad de que su crédito quede sin satisfacción a consecuencia de la ejecución o celebración del acto o contrato de que se trate, o sea, puede hablarse de un perjuicio mediato.

En el caso de la simulación, el inciso segundo del artículo 10 agrava la pena del delito de simulación del artículo 471 N° 2 del Código Penal cuando el acto simulado es otorgado por el titular de la empresa individual. En la historia del establecimiento de la ley aparece que esta agravación de la pena se justifica en tanto en una sociedad, en que hay dos o más personas, existe una suerte de contrapeso el interior de esa entidad, para los efectos de evitar la comisión de la figura punible del contrato simulado; en cambio, en esta nueva insti-

tución es mucho más fácil poder cometer el referido delito y, por ende, se hace más difícil la protección de los terceros perjudicados, que son a los cuales se defrauda con los contratos simulados, ya que es una sola persona la que está actuando detrás de la empresa. En consecuencia, con relación a los actos o contratos simulados ejecutados o celebrados por el titular de la empresa individual, los acreedores tienen a su disposición tres remedios: a) la acción penal conforme el inciso segundo del artículo 10; b) la acción civil de simulación que puede conducir a la nulidad del acto o contrato o a la revocación del mismo, según la simulación de que se trate; y c) la sanción especial del artículo 12, esto es, la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica.

6. CASO DE LA TERMINACIÓN DE LA EMPRESA INDIVIDUAL POR APOORTE DE SU CAPITAL A UNA SOCIEDAD (ARTÍCULOS 15 C Y 16 DE LA LEY).<sup>41</sup>

Finalmente, corresponde decir algunas cosas acerca de la situación de los acreedores de la empresa individual que termina por la causa de la letra c) del artículo 15, esto es, por el aporte de su capital, o más precisamente su patrimonio, a una sociedad. El legislador, en su artículo 16, prescribe, como regla, que la sociedad que recibe el aporte responderá frente a los acreedores por las obligaciones de la empresa individual que termina; salvo que su titular, al momento de hacer el aporte, declare en la escritura pública de terminación que asumirá tales obligaciones con su patrimonio propio. *Prima facie* la norma no ofrece mayor dificultad y el único comentario que merece es que el empresario, por su sola voluntad unilateral, sustraiga del patrimonio empresarial el pasivo, limitando el aporte a la sociedad sólo a su activo. Sin embargo, si la norma se la mira desde la perspectiva que interesa para los efectos del presente trabajo, inmediatamente salta a la vista que el legislador de nuevo no se ocupa de la situación de los acreedores de la empresa individual, previendo algún mecanismo de protección ante esta alteración de su garantía patrimonial. La terminación de la empresa, desde luego, puede perjudicar el derecho de estos

<sup>41</sup> Muy poco se dice en la doctrina sobre estos preceptos, centrándose su interés, más bien, en cuestiones de orden formal. En efecto, se critica la norma del artículo 15, letra c) por emplear la expresión «capital» en circunstancias que se ella se refiere al «patrimonio de la empresa», sólo ello explica el porqué de la responsabilidad de la sociedad por las obligaciones de la empresa conforme el artículo 16 de la ley. González Castillo, Joél, *Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada*, op. cit., páginas 101 y 102.

acreedores, a los que la responsabilidad patrimonial de la sociedad que recibe el capital de la empresa no les ofrece necesariamente una seguridad. Claro, podría ocurrir que la sociedad tenga un patrimonio interesante —*prácticamente sin deudas o insignificantes considerando su activo*— pero ello es una mera contingencia. Lo que inquieta es que los acreedores empresariales no tienen manera de conocer la situación patrimonial de esta sociedad, ni mucho menos la entidad de su pasivo. El capital que se aporta se confunde con el de la sociedad y queda expuesto al derecho de garantía, de los acreedores de la sociedad. Uno debe preguntarse si asiste al o los acreedores de la empresa algún mecanismo de protección que le asegure la satisfacción de su crédito. Como se ha expresado, el legislador no se pronuncia, al igual como sucede con la constitución de la empresa (*laguna preater legem*).

Pero, este no es el único riesgo a que están expuestos los acreedores de la empresa, aun hay más. En efecto, más delicada es la situación de estos acreedores cuando el empresario resuelva extraer del capital aportado las obligaciones, asumiéndolas como suyas y respondiendo con su patrimonio personal. El acreedor pasa de ser uno de la empresa individual a uno personal de su titular. Tampoco el legislador se pronuncia (*laguna preater legem*).

En estos dos casos se prescinde de la situación de los acreedores y se les deja en una situación de evidente desprotección.

A mi juicio, aquí cabe aplicar la misma solución propuesta para los acreedores anteriores a la constitución de la empresa, en el sentido que ellos no pueden resultar perjudicados por una actuación posterior de su deudor que altera la garantía patrimonial sobre cuya base contrataron. Solución que se apoyaría en los mismos argumentos arriba desarrollados.<sup>42</sup>

De esta forma, en el primer supuesto, que representa la regla general, a los acreedores de la empresa debiese reconocérseles la facultad de desconocer la terminación de la empresa y permitir que ellos puedan dirigirse en contra del capital aportado como si la empresa individual subsistiera. En otros términos, habría que reconocer a estos acreedores empresariales una especie de beneficio de separación, equivalente al del derecho de sucesiones y de que son titulares los acreedores hereditarios y testamentarios y que regula el artículo 1.378 del Código Civil. Se evita, de este modo, la confusión del patrimonio de la empresa con el de la sociedad que recibe el aporte.

<sup>42</sup> Véase 4.1 *supra*.

En el segundo supuesto, la misma solución, pero con el añadido de que la declaración solemne de asunción de las obligaciones sería inoponible a los terceros.

En cualquiera de estos supuestos, el acreedor de la empresa debería acreditar el perjuicio y su relación de causalidad con el acto jurídico unilateral de la empresa.

Si esta solución fuese rechazada, al acreedor tendría que recurrir a los remedios típicos del derecho común para el fraude del derecho de crédito, como son la acción pauliana y la de simulación.

## V. CONCLUSIONES

1º) La ley confiere a la empresa individual el privilegio de la personalidad jurídica, produciéndose el desdoblamiento de la personalidad del empresario.

2º) La empresa individual, como entidad dotada de personalidad jurídica propia, tiene capacidad de ejercicio, cuyo titular, en principio, es el empresario fundador, no obstante la posibilidad de intervención de un mandatario o un gerente que represente la empresa individual.

3º) Los actos y contratos que el empresario, haciendo uso de la referida capacidad de ejercicio, ejecuta o celebra dentro del giro de la empresa individual le obligan a dar, hacer o no hacer conforme las reglas del derecho común, incluida la responsabilidad civil por su incumplimiento. No cabe la construcción dogmática de un régimen especial sobre los efectos de estas obligaciones y la responsabilidad derivada del incumplimiento de las mismas. En definitiva, la ley no altera el régimen ordinario de responsabilidad contractual que rige para las personas jurídicas.

4º) Sí interesa, como no, el patrimonio sobre el cual el, o los, acreedores de la empresa individual ejecutarán sus créditos en caso de incumplimiento contractual. El derecho de garantía general de los acreedores de la empresa individual se limita a los bienes que integran el patrimonio empresarial (*bienes comprometidos en la empresa*). El titular de la empresa dispone del denominado beneficio de limitación de responsabilidad que permite excluir de la ejecución del crédito empresarial los bienes de su patrimonio personal (*no comprometido en la empresa*). Del mismo beneficio goza la empresa respecto de las obligaciones personales del titular de la empresa.

5º) La ley concilia los intereses del empresario con los de los terceros acreedores, previendo mecanismos de protección de estos últimos y que se resuelven en la publicidad de la empresa y la inoponibilidad de la persona jurídica o del beneficio de la responsabilidad limitada.

6º) Los acreedores de la empresa pueden alegar la inoponibilidad de la persona jurídica en dos supuestos: a) cuando la constitución de la empresa individual perjudique a los acreedores del empresario —persona natural anteriores a esa constitución; b) cuando el titular de la empresa haga un uso indebido o impropio de la personalidad jurídica.

7º) A lo anterior hay que sumar otro caso de inoponibilidad, ya no de la personalidad jurídica de empresa sino de su terminación cuando la causa sea el aporte de su capital a una sociedad, y ello perjudica el derecho de sus acreedores.

## LA AUTOCONTRATACIÓN EN LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO

*Magíster en Derecho*

*Universidad de Northwestern (EE.UU.)*

*Profesora de Derecho Civil*

*Universidad de los Andes*

### I. AUTOCONTRATACIÓN DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL

#### 1. NATURALEZA DE LOS CONTRATOS ENTRE UNA E.I.R.L. Y SU TITULAR

Los contratos del titular de una E.I.R.L., actuando en representación de ésta, por una parte, consigo mismo o «con su patrimonio no comprometido en la empresa» (artículo 10, Ley 19.857), por otra parte, son un fenómeno de autocontratación. En ellos el titular actúa en representación de su E.I.R.L. y simultáneamente interviene por sí mismo en el contrato como otra parte contratante.

Nuestro ordenamiento carece de una norma específica que permita la autocontratación en general. En consecuencia, excluidos los supuestos particulares de autocontratación prohibida (artículos 412.2, 1.798 Código Civil), podría pensarse que esta forma de contratación está admitida si el representante actúa sin conflictos de intereses (*ex* artículos 412.1 Código Civil; 271 Código de Comercio) o suficientemente autorizado (*ex* artículos 412.1, 2.144, 2.145 Código Civil; esp. 271 Código de Comercio).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Estas apretadas conclusiones pueden considerarse admitidas por la doctrina chilena desde el tratamiento clásico que dan al tema de la autocontratación Alessandri Rodríguez, Arturo, «El acto jurídico consigo mismo», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (28) 1931, páginas 5-73 y Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, t. XI, páginas 437-451, Santiago, 1937. Me parece que no innovan: León Ilurtado, Avelino, *La voluntad y la*

Según esto, la contratación consigo mismo del titular de una E.I.R.L. sería admisible y legítima no sólo *ex lege* (artículo 10 Ley 19.857), sino también por razones de derecho común. Pues, en efecto, en estos contratos los intereses del titular (representante) y de la E.I.R.L. (representada) difícilmente podrían considerarse incompatibles. Además, la autorización del principal es innecesaria por tratarse de un fenómeno de representación de intereses propios. No es posible distinguir realmente entre los intereses de la E.I.R.L. y los de su titular.

Sin embargo, las mismas razones que permiten la autocontratación del titular de una E.I.R.L. por derecho común, son las que nos advierten sobre la presencia de algo anormal o irregular en la estructura de intereses de estos contratos. Esto se advierte claramente cuando se compara este supuesto con el del artículo 2.144 del Código Civil. En este último, el mandatario es persona distinta del mandante. Cuando interviene en el contrato de compraventa, lo hace como gestor de intereses ajenos, no propios. Es por esto que se exige la aprobación expresa del mandante (artículo 2.144 Código Civil) o la compatibilidad de intereses (*ex* artículo 271 Código de Comercio) para que sea plenamente eficaz su actuación en el contrato. El titular de una E.I.R.L., en cambio, es gestor de intereses propios; y su persona, realmente, no se distingue de la persona de su E.I.R.L. Es solamente la *ficción* de la personalidad jurídica (*ex* artículos 545 Código Civil; 2º Ley 19.857) lo que permite distinguir *formalmente* entre su persona (e intereses) y los de la E.I.R.L. (y los suyos). Pero si miramos las cosas como ocurren en la realidad, la pantalla o el velo de la personalidad jurídica no puede llegar a ocultar la comunidad de intereses reales que configuran la contratación entre la E.I.R.L. y su titular.

Por esto, aunque todo autocontrato es también un *contrato entre partes relacionadas*, me parece que en los negocios jurídicos del artículo 10 de la Ley 19.857 es esta última categoría, y no la primera, la que debe regir el problema. La disciplina del autocontrato está diseñada para supuestos de representación de intereses ajenos. La de los contratos entre partes relacionadas es más extensa, pues incluye también supuestos de representación de intereses propios o comunes a representante y representado.

---

*capacidad en los actos jurídicos*, 3ª ed. Santiago, 1979, páginas 263-290; Stitchkin, David, *El mandato civil*, 3ª ed. Santiago, 1979, páginas 294-307; Tomasello Hart, Leslie, *La contratación*, Valparaíso, 1984, páginas 89-128; Saavedra Galleguillos, Francisco Javier, *Teoría del consentimiento*, Santiago, 1994, páginas 475-489, aunque todos estos actualizan la literatura disponible en castellano a la fecha en que escriben.

En definitiva, pienso que los contratos entre una E.I.R.L. y su titular son verdaderamente contratos entre partes relacionadas que pueden concluirse por autocontratación o por la interposición de terceros representantes. El artículo 10 de la Ley 19.857 admite cualquiera de estas dos formas. Pero no son las categorías de la autocontratación las que deben gobernar el conflicto de intereses subyacente, sino las de los contratos entre partes relacionadas.

Esto nos obliga a examinar la diversa estructura del conflicto de intereses que se quiere resolver.

## 2. INTERESES EN CONFLICTO Y SU RESOLUCIÓN

En un fenómeno de autocontratación, el conflicto de intereses que se quiere evitar es el que tiene el agente que interviene en el negocio por sí y, simultáneamente, en interés de su representado, cuando estos intereses son contrarios e incompatibles entre sí. Por ejemplo, en una compraventa, cuando el agente interviene como comprador, por sí, y, a la vez, en representación del vendedor, cuyos intereses son contradictorios e incompatibles con los del comprador. El conflicto de intereses de la autocontratación es la disyuntiva en que se encuentra el representante de tener que elegir entre dos intereses incompatibles. Por una parte, el interés de su principal o mandante, y por otra el suyo propio o el de un tercero que también le ha confiado la gestión del suyo en el contrato. Su posición de fiduciario del mandante en el negocio lo obliga a privilegiar los intereses del representado. Puesto en semejante dilema, será difícil que para hacerlo perjudique su interés personal en el contrato, o el de un tercero a quien también representa, conducta que sería obligada si resuelve el conflicto en beneficio del mandante. Estamos en presencia de un riesgo de actuación desleal en el contrato y de un potencial perjuicio al representado.

Este conflicto se resuelve por la autorización del principal, soberano en lo propio, o de terceros que velen por él (artículos 412.1, 2.144, 2.145 Código Civil; 271 Código de Comercio). También puede ocurrir que no exista conflicto alguno que resolver, porque el autocontrato se celebra en beneficio exclusivo del representado (por ejemplo, una donación y simultánea aceptación, del representante al representado). O también, porque las condiciones de contratación no las determina ni influye en absoluto el representante, como puede ocurrir con los sistemas de contratación en bolsas.

Sin embargo, el régimen del autocontrato debe considerarse vigente sólo cuando en él interviene un representante que es gestor de intereses ajenos. En los contratos entre partes relacionadas, los conflictos operan de manera distinta. Puesto que existe una comunidad de intereses entre la partes o la representación es de intereses propios, no hay riesgo alguno de un perjuicio al principal o representado por la intervención gestoria del representante. Las partes, en realidad, utilizan la estructura del contrato para obtener un resultado predeterminado por *una única voluntad negocial*. Esto desencadena otro problema: la ausencia de contradicción de intereses en la formación de un contrato generalmente destinado a satisfacer «la utilidad [o interés] de ambos contratantes» (artículo 1.440), mediante prestaciones que puedan tenerse por «equivalentes» (artículo 1.441) según los criterios de la buena fe contractual (*ex* artículo 1.546). Pero este problema no afecta realmente a las partes contratantes, sino a terceros relativos a ellas. Para éstos, el juego de intereses en los negocios es una garantía de sus créditos (*ex* artículo 2.465 Código Civil), pues salvaguarda las fuerzas del patrimonio del deudor e incluso las incrementa.

Se advierte entonces cómo, en estos casos, los intereses opuestos y potencialmente perjudicados son los de terceros acreedores.<sup>2</sup> El conflicto de intereses que existe en estos negocios es el de unos deudores, presuntamente coludidos, y el de unos acreedores, potencialmente perjudicados. Es este último perjuicio el que se intenta prevenir o reparar mediante mecanismos de transparencia o publicidad y endurecimiento de las sanciones de responsabilidad. En efecto, a los acreedores interesa conocer la situación patrimonial real de su deudor y contar con instrumentos que les permitan recuperar sus créditos en casos de despatrimonialización. Para conseguir lo primero, las legislaciones exigen que los contratos entre partes relacionadas y, en particular, los contratos entre el titular de una E.I.R.L. y ésta última, sean conocidos por todos aquellos a quienes puedan perjudicar. Lo segundo se obtiene, además de otros recursos del Derecho común, con acciones especiales de responsabilidad. Lo primero es un remedio preventivo. Lo segundo es un mecanismo correctivo o reparador de un daño ya causado.

A continuación veremos cómo se estructuran estas medidas en algunas legislaciones extranjeras.

<sup>2</sup> En el contexto de sociedades que se rigen por el principio mayoritario, entra también en juego el interés de los socios o accionistas minoritarios. A éstos interesa la rentabilidad de su inversión mediante la repartición de los beneficios sociales; interés muchas veces contrapuesto al de un controlador o mayoría que busca maximizar la rentabilidad de estos beneficios mediante su inversión en nuevos negocios.

### 3. NOTAS DE DERECHO COMPARADO

El artículo 5 de la Directiva 89/667/CEE, de 21 de diciembre, dispone que los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad representada por él mismo deberán constar en acta o consignarse por escrito; y que «los Estados miembros podrán no aplicar dicha disposición a las operaciones corrientes celebradas en condiciones normales.»

Aparece aquí el requisito mínimo que las diversas legislaciones europeas exigen para la eficacia de estos negocios: que conste por escrito. Sin embargo, la Directiva permite que las legislaciones dispensen de este requisito si se trata de «operaciones corrientes realizadas en condiciones normales». El concepto de «operaciones corrientes realizadas en condiciones normales» parece haber sido tomado del artículo 50-1 de la Ley de sociedades francesa de 1966 (actual artículo L 223-20 del Código de Comercio de 2000). Para el legislador francés (Ley Nº 85-687 de 11 de julio de 1985), los contratos del socio único con la sociedad deben constar por escrito en un registro especial para dichos contratos o negocios; salvo (artículo 50-1) que se trate de operaciones corrientes realizadas en condiciones normales. Estas operaciones parecen ser las propias del giro, independientemente de cuál sea su cuantía.<sup>3</sup> Sin embargo, la exclusión de estas operaciones del régimen de publicidad no está admitida por otras legislaciones, que regulan la materia de modo diverso.

La ley alemana de sociedades de responsabilidad de 20 de abril de 1892, modificada por ley de 18 de diciembre de 1991 (GmbHG, § 35. número 4), dispone que se aplicará a los negocios que celebre el socio como único administrador con la sociedad lo dispuesto por el § 181. del B.G.B. La prohibición de esta norma sólo puede salvarse, permitiendo la autocontratación, con la autorización del principal o socio único otorgada en el negocio fundacional.<sup>4</sup> La ley belga de sociedades comerciales, modificada por ley de 14 de julio de 1987 (artículo 133, 3º), establece que cuando el administrador es socio único y tenga un interés opuesto al de la sociedad en una operación, podrá concluir dicha operación, pero rendirá especialmente cuenta de ésta en un documento a depositar al mismo tiempo que las cuentas anuales. Estará obligado tanto frente a la sociedad como frente a

<sup>3</sup> Así, Boquera Matarredona, Josefina, *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*, Madrid, 1996, página 143.

<sup>4</sup> *Ibidem*, página 141.

terceros a reparar el perjuicio resultante de un beneficio que se hubiera procurado indebidamente en detrimento de la sociedad.

En Portugal el Decreto-Ley 248, de 25 de agosto de 1986, sobre el establecimiento individual de responsabilidad limitada (E.I.R.L.) no contiene normas sobre autocontratación del titular. La contratación entre el establecimiento y su titular no es posible desde que, según se piensa (*ex* artículo 1.2 del Decreto-Ley 248),<sup>5</sup> la legislación portuguesa no reconoce personalidad jurídica a la empresa individual. La E.I.R.L. es un patrimonio separado afecto a un objeto, destinado a responder preferentemente de las deudas correlativas a este objeto.

En Italia los contratos entre la sociedad y el socio único o las operaciones a favor del único socio deben ser transcritos en el libro indicado en el número 3 del primer apartado del artículo 2.490 (sesiones y deliberaciones del consejo de administración) o resultar de acto inscrito, aun cuando haya sido efectuada la publicidad del artículo 2.475 bis (que obliga a depositar una declaración del administrador en el Registro de la empresa). Los créditos del único socio no ilimitadamente responsable en las relaciones de la sociedad no están asistidos de causa legítima de prelación (artículo 2.490 bis del Código Civil, agregado por Decreto Legislativo N° 88, de 3 de marzo de 1993, sobre actuación de la Directiva 89/667/CEE).

En España el establecimiento de sociedades unipersonales queda permitido a partir de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, la cual incorpora la Directiva CEE al ordenamiento español de diversas formas. El actual artículo 128 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (aplicable a las sociedades anónimas por disposición del artículo 311 de la Ley de sociedades anónimas) permite la contratación del socio único con la sociedad unipersonal, bien sea por autocontrato del socio único, o de otra forma, pero sólo con los requisitos y efectos especiales establecidos por la ley. Los requisitos de eficacia de estos negocios son: (1°) que deben constar por escrito o, según su naturaleza, en escritura pública; (2°) que deben transcribirse en un libro registro especial que deberá llevar la sociedad; (3°) que debe hacerse mención especial de ellos en la memoria anual de la sociedad (artículo 128.1) depositada con arreglo a la Ley (artículo 128.2).

Se trata de requisitos establecidos *ad probationem*, con la finalidad de hacer oponibles estos contratos a terceros; la omisión de estos requisitos no afecta su validez.<sup>6</sup> La infracción a este artículo sí

<sup>5</sup> Así Boquera Matarredona, página 198.

<sup>6</sup> Así, Carbajo Cascón, Fernando, *La sociedad de capital unipersonal*, Cizur Menor (Navarra, España), 2002, página 487.

afecta la oponibilidad de estos contratos a terceros en caso de insolvencia (artículo 128.2): sólo serán oponibles a la masa aquellos contratos que cumplan con los requisitos de publicidad exigidos por la ley. Sin embargo, la reciente Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley concursal, agrega a la disciplina de estos contratos una interesante consecuencia. El pago de los créditos de que resulte titular el socio único, como persona especialmente relacionada con la sociedad, se posterga al de todos los demás créditos del fallido, pues éstos integran la recientemente creada categoría de *créditos subordinados* (artículos 92, 5º, 93 y 158 Ley concursal). Además, en las acciones tendentes a reintegrar al patrimonio del fallido determinados bienes que han salido de él (acciones de rescisión o inoponibilidad concursal), se presume el perjuicio que han causado a la masa «los [actos] dispositivos a título oneroso realizados [por el deudor fallido] a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con [él]» (artículo 71, 3, 1º Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal). Estos actos son, por lo tanto, rescindibles a favor de los acreedores en caso de concurso para conseguir que vuelvan a la masa bienes que han salido de ella en su perjuicio.

El artículo 128.3 establece, con todo, una responsabilidad especial del socio único frente a la sociedad «por las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos». Se trata de una acción establecida a favor de la sociedad, con un plazo de caducidad de dos años a contar de la fecha del contrato.<sup>7</sup> Sin embargo, estaría legitimada para ejercitar esta acción únicamente la sociedad. Tratándose de una sociedad unipersonal, esta legitimación supone un cierto contrasentido, pues la sociedad unipersonal sólo puede ser representada por el socio único (legitimado pasivo) o por la persona que él designe (*ex* artículo 127). El socio único sería entonces directa o indirectamente legitimado activo, por la sociedad, y legitimado pasivo, por sí; conflicto éste que hará inoperante la responsabilidad que establece la norma. En situaciones de insolvencia, los acreedores de la sociedad podrán hacer efectiva la responsabilidad especial del socio por vía subrogatoria, «después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe» (artículo 1.111 del Código Civil español).

No debe olvidarse, por último, la existencia del artículo 285 del Código de Comercio español que dispone que los contratos que cele-

<sup>7</sup> Así, Carbajo Cascón, página 507.

bre el factor (sea o no socio único de la sociedad unipersonal) obligan al comitente. «Cualquiera reclamación para compelerlos a su cumplimiento, se hará efectiva en los bienes del principal, establecimiento o empresa y no en los del factor, a menos que *estén confundidos* con aquéllos» (artículo 285.2 Código de Comercio español). Son muchos, por tanto, los mecanismos que permiten perseguir la responsabilidad del socio único por deudas sociales, y salvaguardar el interés de terceros.

## II. LOS CONTRATOS ENTRE PARTES RELACIONADAS

### 1. DISCIPLINA DE ESTOS CONTRATOS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Según nuestra legislación de sociedades, los *contratos entre partes relacionadas* son negocios que celebra una sociedad con entidades de su mismo grupo empresarial; con su matriz, coligante, filial o coligada; con sus directores, gerentes, administradores o liquidadores, o con los cónyuges o parientes de éstos hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; y con toda persona que por sí sola, o con otras con quienes tiene un acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro del directorio, o controle a lo menos el diez por ciento del capital social con derecho a voto (artículo 100 Ley 18.045).

Estos contratos «deberán observar condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado» (artículo 89 Ley 18.046). Además, cuando en ellas tiene interés un director por sí o como representante de otra persona, deben ser «conocidas y aprobadas previamente por el directorio» (artículo 44 Ley 18.046).

Según la Ley de Sociedades Anónimas, *el interés del director* es un hecho que «*se presume de derecho* en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir él mismo, su cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o [en los que deban intervenir] las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital[,] o las sociedades o empresas en las cuales alguna de las personas antes mencionadas sea director o dueño directo o indirecto del 10% o más de su capital; y las personas por quien[es] el director actúe como representante» (artículo 44, inciso 2º Ley 18.046).

Si el acto o contrato involucra montos relevantes, es decir, si su cuantía supera el 1% del patrimonio social, siempre que dicho

acto o contrato exceda el equivalente a 2.000 unidades de fomento y, en todo caso, cuando sea superior a 20.000 unidades de fomento (artículo 44, incisos 4º y 14º), la disciplina se endurece. Para garantizar que estos negocios se realicen «en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado» el artículo 44, incisos 4º a 14 de la Ley 18.046 les confiere el carácter de hecho esencial, circunstancia que obliga al directorio a realizar diversas consultas y evaluaciones antes de que la operación pueda consumarse. A requerimiento de accionistas que representen un 5% o más de las acciones emitidas, estos actos podrán someterse para su aprobación a la junta extraordinaria de accionistas (artículo 44, inciso 9º).

## 2. SANCIONES CORRELATIVAS A LA INFRACCIÓN DE ESTAS NORMAS

La infracción al artículo 89 Ley 18.046 (que exige que estos contratos observen condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado) origina la responsabilidad de los administradores de las partes contratantes por «las pérdidas o perjuicios que pudieren causar a la sociedad que administren por operaciones hechas con infracción a este artículo» (artículo 89, inciso 1º). Debe entenderse que la infracción no afecta la validez del negocio; pero origina la responsabilidad de los administradores. Por «administradores» debe entenderse «directores» (artículo 31, inciso 1º Ley 18.046). Por tanto, en el ejercicio de estas acciones de responsabilidad se presume la culpa de los directores (artículo 45 Ley 18.046). A falta de una regla especial sobre este punto, quedarán legitimados para ejercitar esta acción todos aquellos que acrediten haber sido perjudicados por el contrato realizado en condiciones distintas a las que habitualmente prevalecen en el mercado. La responsabilidad de los directores es solidaria (artículo 41 Ley 18.046). En todo caso, hay responsabilidad solidaria de las partes contratantes (artículo 2.317 Código Civil), si la acción es ejercitada por terceros.

La infracción al artículo 44 Ley 18.046 (que exige que cuando existe interés de algún director en el contrato, éste sea conocido y aprobado previamente por el directorio y se realice en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado) origina la responsabilidad civil, administrativa y/o penal de los directores. En este caso, la Ley de Sociedades Anónimas asevera explícitamente que «[l]a infracción a este artículo [44] no afectará la validez de la opera-

ción» (artículo 44, final pr.). Parece inútil alegar la eventual invalidez de estos negocios.<sup>8</sup>

Interesa examinar algunos aspectos de la responsabilidad civil de los directores por infracciones al artículo 44 de la Ley 18.046. Están legitimados para exigir la responsabilidad civil: (1°) la sociedad; (2°) los accionistas; o (3°) los terceros interesados (artículo 44, final Ley 18.046). La responsabilidad de los directores por la reparación del daño es solidaria (artículo 41 Ley 18.046).

Es importante destacar que la Ley 18.046 además de la «indemnización de los perjuicios ocasionados» (artículo 44, inciso final), es decir, de una indemnización *reparadora*, impone una indemnización *punitiva*. La pena consiste en «el reembolso a la sociedad por el *director interesado*, de una suma equivalente a los beneficios que a él, a sus parientes o representantes les hubieren reportado dichas negociaciones» (artículo 44, inciso final, énfasis agregado). Es decir, el único beneficio que, de otra manera, se podría haber alcanzado con la declaración de nulidad (efecto restitutorio) se consigue con la pena civil impuesta por el legislador al director interesado. Parece, con todo, que en este caso la pena no se impone solidariamente a todos los directores (*ex* artículo 41), sino sólo al «director interesado» (artículo 44, final).

«Se presume la culpabilidad del o de los directores que se beneficien en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que, a su vez, irroge perjuicio a la sociedad» (artículo 45, inciso 2°). Puede afirmarse que esta presunción de culpa opera igualmente para el ejercicio de acciones de responsabilidad por infracciones al artículo 44. Los demandantes no están obligados a demostrar que la conducta de los demandados fue culposa; cualquier infracción al artículo 44 se presume culposa.

La aprobación de la operación por la junta extraordinaria de accionistas de ninguna manera libera al directorio de esta responsabilidad (artículo 41 Ley 18.046). Éste continúa respondiendo civilmente por su conducta. A mi juicio, la aprobación por la junta extraordinaria de

<sup>8</sup> En contra, Lyon Puelma, Alberto, «Conflicto de intereses en las sociedades», en *Revista Chilena de Derecho* (29) 2002, páginas 60-62. El profesor argumenta la inoponibilidad frente a la sociedad de los contratos celebrados sin la aprobación previa del directorio; y la nulidad absoluta de aquéllos celebrados en condiciones distintas a las que generalmente prevalecían en el mercado. La nulidad absoluta se apoyaría en una infracción al artículo 1.682 en relación con el artículo 1.467, ambos del Código Civil: habría objeto ilícito en la celebración de contratos entre partes relacionadas en condiciones distintas a las generalmente vigentes en el mercado, pues las normas de los artículos 44 y 89 de la Ley 18.046 serían prohibitivas o, a lo menos, imperativas. Por su parte, el acuerdo de la junta extraordinaria de accionistas que hubiera aprobado un contrato celebrado con infracción al artículo 44 de la Ley 18.046 adolecería de nulidad absoluta (*ex* artículo 41, inciso 2° Ley 18.046).

accionistas sólo supone una inversión en la carga de la prueba. Faltando ésta, los demandantes sólo deben demostrar la especie y cuantía del daño causado, pues la antijuridicidad del hecho resulta de la norma legal infringida y la culpa del demandado se presume. Por eso el artículo 44 inciso final dispone que «corresponderá a la parte demandada[ es decir, al director o directores] probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de negociación reportaron beneficios a la sociedad, salvo que la operación haya sido aprobada por la junta extraordinaria de accionistas».

Como la aprobación del contrato por la junta extraordinaria de accionistas no libera de responsabilidad a los directores (artículo 41), el único efecto que puede producir en el juicio de responsabilidad, a mi parecer, es la inversión de la carga de la prueba. Recae entonces sobre los demandantes demostrar no sólo la especie y cuantía del daño, sino también la culpa o dolo de los demandados en la infracción imputada; y sólo entonces adquiere sentido la última parte del inciso final del artículo 44.<sup>9</sup>

### 3. APLICABILIDAD DE ESTA DISCIPLINA FUERA DEL ÁMBITO DE LA LEY 18.046

¿Es aplicable este régimen a los contratos entre otros tipos societarios y sus entidades o personas relacionadas? Por ejemplo, al contrato de compraventa entre una sociedad de responsabilidad limitada y uno de sus socios, o al contrato entre el titular de una E.I.R.L. y ésta.

Recientemente LYON PUELMA<sup>10</sup> sostiene que los artículos 44 y 89 de la Ley 18.046 «*contienen principios que ya existían en nuestro ordenamiento jurídico mucho antes de la dictación de la ley de sociedades anónimas*». El autor mantiene que estos principios son los que obligan a todos los socios o accionistas a cumplir de buena fe el contrato de sociedad (*ex* artículos 1.545 y 1.546 del Código Civil) evitando que se distraigan beneficios comunes por la vía de contratos que no han podido negociarse en condiciones que garanticen la independencia de las partes. Los mismos principios obligan a los gesto-

<sup>9</sup> No me parece que el voto emitido en una junta de accionistas pueda considerarse un pacto de condonación del dolo futuro (*ex* artículo 1.465 del Código Civil), que adolezca de objeto ilícito, provocando la nulidad absoluta del acuerdo (*ex* artículo 1.682), como piensa Lyon Puelma, en «Conflicto de intereses en las sociedades», página 59. Sí podría defenderse la nulidad del acuerdo cuando se demuestre que tiende a liberar de responsabilidad a los directores (artículo 41 Ley 18.046).

<sup>10</sup> Cfr. «Conflicto de intereses en las sociedades», página 71.

res sociales a cumplir de buena fe los contratos con terceros, evitando aquellos negocios que disminuyan las fuerzas del patrimonio en su perjuicio (*ex* artículo 2.465 del Código Civil).

Hay, además, algunos argumentos de texto que pueden agregarse. El artículo 100 de la Ley 18.045, cuando determina quiénes son personas relacionadas de una determinada entidad, tiene el carácter de ser una norma general aplicable a todos los tipos societarios que reconoce la legislación. Por su parte, el artículo 89, inciso 2° de la Ley 18.046 establece que se sujetarán a lo dispuesto en él aun las sociedades matrices o coligantes que no fueren una sociedad anónima. Es decir, todos los contratos entre partes relacionadas, tal cual son éstas definidas por el artículo 100 de la Ley 18.045, deben observar condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado (artículo 89). La infracción a esta norma origina la responsabilidad de los administradores por las pérdidas y perjuicios que pudieren haber causado a la sociedad que administran (artículo 89). Puesto que la norma no distingue, la responsabilidad opera tratándose de una sociedad anónima o de cualquier otro tipo societario, por ejemplo, una sociedad de responsabilidad limitada.

Me parece que todas estas reglas resultan aplicables a las E.I.R.L., en los contratos que realicen con sus personas relacionadas, especialmente con el titular, por aplicación del artículo 18 de la Ley 19.857. Es ésta una norma de clausura que remite, si bien con deficiente técnica, a una legislación supletoria que deberá completar la regulación que la ley hace de las E.I.R.L. «En lo demás —se lee en ella— se aplicarán a la empresa individual de responsabilidad limitada, las disposiciones legales y tributarias, aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, incluyendo las normas sobre saneamiento de vicios de nulidad, establecidas en la Ley 19.499.» Según lo anterior, el artículo 89 de la Ley 18.046 resulta aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada cuando celebran contratos con sus personas relacionadas, tal cual éstas son definidas en esa misma norma y en el artículo 100 de la Ley 18.045. En virtud del artículo 18 de la Ley 19.857, también es aplicable a las E.I.R.L.

Por tanto, puede concluirse que los contratos del titular de la empresa individual «con su patrimonio no comprometido en la empresa», según la terminología adoptada por esta ley (artículo 10), deben observar «condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado» (*ex* artículo 89 Ley 18.046).

Ahora bien, el artículo 89 sólo hace responsable a los administradores por las pérdidas o perjuicios que la infracción a esta norma ocasione a la sociedad frente a la sociedad. Aplicando esto a la situación especial de las E.I.R.L. debe reconocerse que nos encontramos frente a un problema de legitimación. El titular o administrador responde frente a su E.I.R.L., la cual sólo puede hacer efectiva esta responsabilidad a través de su titular (artículo 9° Ley 19.857). Con lo que resulta el absurdo de que, para ejercitar esta acción, el titular en representación de la E.I.R.L. debe demandarse a sí mismo como responsable del daño.

En este supuesto, me parece que debería admitirse la legitimación de los acreedores perjudicados, subrogándose al deudor, simplemente *ex* artículos 2.465 y 2.466 del Código Civil. Esta solución, si bien contraria a la doctrina chilena más común que mantiene que en nuestro sistema los acreedores no gozan de acción subrogatoria sino en los casos en que específicamente se les concede, debería aceptarse en este supuesto. De otra manera resultaría ineficaz la responsabilidad del titular de la E.I.R.L., y sin mecanismos reparadores los daños que la inacción de la entidad legitimada (la E.I.R.L.) cause a sus acreedores. Pues, en efecto, me parece que la mera inactividad del deudor que no ejercita los derechos que le confiere la ley difícilmente podría considerarse antijurídica. La víctima no está obligada a exigir la reparación de un daño, aunque su autor esté obligado a repararlo (artículo 2.314 Código Civil).

Como veremos, los perjudicados podrán ejercitar las acciones indemnizatorias civiles contra el titular, pero una vez establecida su participación en un delito de simulación (artículo 10, inciso 2° Ley 19.857). Este despliegue de actividad jurisdiccional sería innecesario cuando se encuentre claramente configurada la antijuridicidad del hecho que causa el daño y no haya otra manera de obtener una reparación, de no ser por una deficiente previsión legislativa que deja a los perjudicados sin acción. Me parece que para evitar estos problemas es por lo que el artículo 44, inciso final Ley 18.046, que se apoya en la misma *ratio*, concede acción a los terceros interesados para dirigirse contra los directores responsables por los perjuicios que éstos han ocasionado a la sociedad.

Además, nadie puede ser obligado a demandarse a sí mismo, ni es posible pensar en el supuesto. El velo de la personalidad jurídica no tiene fuerza suficiente para ocultar, nuevamente, los intereses reales subyacentes.

### III. EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 19.857

#### 1. NEGOCIOS JURÍDICOS SOMETIDOS A ESTE RÉGIMEN

La Ley 19.857 ha sometido al régimen de su artículo 10 todos los actos y contratos entre la E.I.R.L. y su titular. Por tanto, quedan sometidos a este régimen: (1º) los *autocontratos* del titular en representación de su E.I.R.L. consigo mismo, por «su patrimonio no comprometido en la empresa»; o bien, por otra E.I.R.L. de la que sea titular, pues la ley no impide que una misma persona natural tenga más de una de estas entidades (artículo 1º Ley 19.857).<sup>11</sup>

(2º) Los *contratos* en que las partes actúan representadas por otros; pues hemos observado que la ley realmente regula un *contrato entre partes relacionadas*. Éstas son el titular de la empresa individual y esta misma, independientemente de que esto se consume por un *autocontrato* (no es éste, en todo caso, el vocablo que utiliza el legislador) o por un *contrato*.

(3º) Se someten también a este régimen todos los «actos» del titular que afecten el patrimonio de la empresa. Esta debería ser la lectura del artículo 10 cuando emplea esta expresión. Si por «actos» entendemos negocios unilaterales, deberían considerarse incluidos en la norma actos tales como el aval, la constitución de una prenda o hipoteca sobre bienes de la empresa en garantía de deudas personales del titular, o de terceros a quienes también represente en el acto.

(4º) Por último, conviene observar que todos los contratos quedan sometidos a la disciplina de este artículo, bien sean éstos a título gratuito o a título oneroso. Por ende, también las donaciones del titular a la empresa, aun cuando en estos negocios esté ausente el conflicto de intereses que se intenta evitar.

Tendrán especial importancia práctica los mutuos de dinero, el contrato de trabajo entre el titular y su empresa, el contrato de arrendamiento, los contratos de suministro y las garantías que graven el patrimonio de la E.I.R.L. a favor del titular o de un tercero. Todos estos negocios, según veremos a continuación, deberán cumplir con los requisitos de publicidad que establece la ley y celebrarse en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

<sup>11</sup> En contra, González Castillo, Joel, *Empresas individuales de responsabilidad limitada. Análisis de la Ley 19.857*, Santiago, 2003, página 70, quien piensa que las solemnidades exigidas por el artículo 10 son de derecho estricto y no se aplican a este supuesto respecto del cual la ley guardó silencio. Debe observarse que la ley tampoco emplea la palabra *autocontratación*. El artículo 10 Ley 19.857 sólo emplea el término «actos y contratos».

Se presenta la duda de si se someten al régimen del artículo 10 los negocios destinados a extinguir obligaciones previas. Por ejemplo, los intereses de un mutuo, el sueldo de un contrato de trabajo, las rentas de arrendamiento, las entregas periódicas de un contrato de suministro y cualquier otro pago debido por la empresa al titular o por éste a la empresa. Me inclino por pensar que estos negocios no pueden someterse a la norma. La razón es que se trata de actos destinados a cumplir *contratos* que ya gozan de la publicidad y condiciones de equidad exigidas por la ley. Una interpretación demasiado literal del vocablo «actos», que lo extienda a estos supuestos, convertiría el mecanismo preventivo y reparador que contempla la legislación en una carga insoportable, frustrando la finalidad de la ley.

De más está decir que todos estos negocios se someten al régimen especial del artículo 10 *cualquiera sea su cuantía*; y aun cuando se trate —utilizando la terminología francesa— de «operaciones corrientes realizadas en condiciones normales», es decir, de operaciones propias del giro. Aunque admito que esta conclusión, que parece obligada del silencio legal, no deja de ser un sinsentido. Me explico con un ejemplo práctico tomado del tráfico al cual parece destinada la ley. El almacenero que organiza su pequeño negocio como E.I.R.L. tendrá que consignar por escrito, protocolizar ante notario y subinscribir en el Registro de Comercio las adquisiciones o retiros de mercancías que haga para el consumo familiar; y deberá hacerlo en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.

## 2. REQUISITOS A QUE ESTÁN SUJETOS ESTOS NEGOCIOS

Los actos y contratos referidos anteriormente están sujetos a requisitos de forma y de fondo.

Las formalidades están establecidas en el artículo 10 de la Ley 19.857. Ellos deberán: (1º) constar por escrito; (2º) protocolizarse ante notario público; y (3º) anotarse al margen de la inscripción estatutaria, dentro del plazo de sesenta días contados desde su otorgamiento.

Los dos primeros requisitos parecen estar establecidos para el valor de estos actos y contratos. El tercero de ellos parece ser un requisito de oponibilidad a terceros. Es decir, entre el titular y su E.I.R.L. el acto o contrato vale desde que, constando por escrito, está protocolizado ante notario público, pues este último requisito no parece puesto para su oponibilidad a terceros, sino para el valor del acto o contrato entre

las mismas partes contratantes (artículo 10, inciso 1° Ley 19.857). No existe plazo para efectuar la protocolización del documento pero éste *vale desde* que se protocoliza. Por regla general, la agregación de un instrumento al final de los registros de un notario tiene por finalidad dar fecha cierta al negocio respecto de terceros (artículo 1.703 Código Civil, artículo 419 Código Orgánico de Tribunales); por lo que debería estimarse éste un requisito de oponibilidad del acto o contrato a terceros. Pero el legislador le ha dado el valor de solemnidad (artículo 10, inciso 1° pr. Ley 19.857).

La subinscripción de este acto en el Registro de Comercio (inciso 1°, al final) sí parece ser un requisito de oponibilidad a terceros. Aunque el texto de la ley no desciende a este detalle, pienso que debe subinscribirse el documento protocolizado, pues sólo a partir de entonces el contrato tiene valor legal. La omisión de esta anotación o su realización fuera de plazo no afectaría al valor del acto o contrato, sino a su oponibilidad a terceros. El acto o contrato sólo sería oponible desde su anotación al margen de la inscripción estatutaria. Así se desprende de la forma como está redactado el artículo 10 de la Ley 19.857. La norma, después de establecer que estos negocios «sólo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público», añade, como exigencia agregada, que «estos actos y contratos se anotarán al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días desde su otorgamiento». Parece evidente que esto último se exige con fines de oponibilidad a terceros; y no para el valor de dichos actos o contratos.

Como requisito de fondo debe señalarse la obligación de que estos negocios observen «condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado» (artículo 89 Ley 18.046, con relación a los artículos 100 Ley 18.045 y 18 Ley 19.857). Ya hemos dicho que este requisito no afecta la validez del contrato, pero su infracción origina la responsabilidad civil de los administradores.

### 3. SANCIONES

#### 3.1 Sanciones civiles

A diferencia de lo que han hecho otros ordenamientos, el legislador chileno no ha establecido explícitamente sanciones civiles especiales para la infracción de la disciplina especial de estos contratos.

Esto nos obliga a acudir a las reglas del Derecho común. Según éstas, cabe formular las siguientes consideraciones.

Aunque en la mayoría de las legislaciones extranjeras, los requisitos de publicidad de estos contratos están establecidos con fines de oponibilidad a terceros, al utilizar la frase «sólo tendrán valor» (artículo 10 Ley 19.857) el legislador chileno parece haber optado por transformar la constancia por escrito y la protocolización de este documento ante notario público en solemnidades. Según esto, la omisión de cualquiera de estos requisitos (constancia por escrito, protocolización notarial) acarrearía la nulidad absoluta del acto o contrato (*ex* artículo 1.682 Código Civil) pues ellos se entenderían puestos en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes que los ejecutan o celebran.

El requisito de publicidad que consiste en la anotación del acto o contrato al margen de la inscripción de la empresa en el Registro de Comercio, por el contrario, parece puesto con meros fines de oponibilidad a terceros. Su omisión, o el cumplimiento extemporáneo de esta obligación, sólo acarrearía la inoponibilidad del negocio a terceros.

La inobservancia del requisito de fondo que consiste en que estos negocios observen condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado origina la responsabilidad civil de los administradores frente a la E.I.R.L. (artículo 89, inciso 2º Ley 18.046, con relación al artículo 18 Ley 19.857). Para evitar el insoluble problema de legitimación para el ejercicio de esta acción, la responsabilidad podría hacerse efectiva por los acreedores, subrogándose en la situación jurídica del deudor-E.I.R.L., *ex* artículos 2.465 y 2.466 del Código Civil.

Con todo, ¿en qué situación se encuentran los créditos del titular o empresario contra su propia E.I.R.L. en la quiebra de ésta? Hemos visto que algunas legislaciones extranjeras<sup>12</sup> postergan el pago de estas obligaciones a todos los demás créditos del deudor; y que confieren a los acreedores el derecho a obtener el reintegro a la masa de los bienes que salieron del patrimonio del deudor por la rescisión de estos actos.<sup>13</sup> Ninguna de estas facultades ofrece la legislación chilena a los acreedores.

Ahora bien, si la E.I.R.L. termina por quiebra (artículo 15, letra *d*) Ley 19.857), me parece que los créditos del titular contra la E.I.R.L. se

<sup>12</sup> Artículo 2.490 bis Código Civil italiano. Artículo 92, 5º Ley 22/2003, de 9 de julio: Ley concursal española.

<sup>13</sup> Por ejemplo, artículo 71 Ley concursal española.

extinguirán por confusión (*ex* artículo 1.665 Código Civil) cualquiera sea la causa de preferencia de que gocen. Me explico. La personalidad jurídica de las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada termina en el momento de su disolución (artículo 407 Código de Comercio con relación al artículo 2.100 del Código Civil, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por virtud del artículo 4º, inciso 2º Ley 3.918; y a las E.I.R.L. por virtud del artículo 18 Ley 19.857). Se forma entonces una comunidad que debe dividirse conforme a las reglas relativas a la partición de bienes hereditarios (artículo 407 Código de Comercio con relación a los artículos 2.100 y 2.115 Código Civil). Me parece que el artículo 109 de la Ley 18.046 sólo es aplicable a las sociedades anónimas, cuya personalidad jurídica subsiste para efectos de su liquidación.<sup>14</sup>

Si examinamos ahora el supuesto de las E.I.R.L. constatamos que en ellas, al no existir más que un solo propietario de todos los bienes organizados como empresa individual de responsabilidad limitada, la terminación no produce la comunidad de bienes a que se refiere el artículo 2.115 del Código Civil. Se confunden, por tanto, los dos patrimonios en uno solo. Es decir, «concurren en una misma persona las calidades de acreedor [(el titular)] y deudor [(la E.I.R.L.), verificándose] de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago» (artículo 1.665 Código Civil). Según el artículo 13 Ley 18.175, a partir de entonces, los acreedores del titular podrán perseguir el pago de sus créditos en los bienes de la empresa; pero sólo podrán hacerlo una vez satisfechos los acreedores de la empresa. Hay aquí un beneficio de separación (artículo 1.378 Cód-

<sup>14</sup> No es de esta opinión Sandoval López, Ricardo, «Comentarios sobre la Ley 19.857 sobre empresa individual de responsabilidad limitada» en *Gaceta Jurídica*, 274, 2003, página 28. El autor defiende la subsistencia de la personalidad jurídica durante la liquidación apoyándose en los siguientes argumentos: (1º) que las sociedades disueltas pueden ser declaradas en quiebra durante su liquidación; (2º) que, según el artículo 17 Ley 19.857, el adjudicatario único de la empresa puede continuar con ella si así lo declara con sujeción al artículo 6º de la misma ley; y (3º) porque así se defenderían de mejor manera los intereses de terceros, aunque exista una regla como la del artículo 13 Ley 19.857. Me parece que estas razones no son decisivas y respecto de ellas habría que observar lo siguiente: (1º) que también las comunidades en que se convierten las sociedades disueltas pueden ser declaradas en quiebra (*ex* artículo 50 Ley 18.175); (2º) que la realización de bienes del activo de la quiebra como unidad económica no supone la personalidad jurídica del fallido, como se desprende claramente de los artículos 124 y 125 de la Ley 18.175; el adjudicatario de estos bienes puede continuar o no el giro de ellos como E.I.R.L., según el artículo 17 Ley 19.857, sujetándose a las formalidades del artículo 6º de la misma ley. Pero no me parece que esto suponga la subsistencia de la personalidad jurídica del fallido durante su liquidación, aunque la Ley en este punto, como en otros muchos, sea confusa, descoordinada y admita varias interpretaciones. Por último, (3º) pienso que los intereses de terceros, especialmente de quienes ya han contratado con la E.I.R.L., se defienden de mejor manera con la conclusión contraria que mantengo en el texto.

go Civil) establecido de pleno derecho a favor de los acreedores de la E.I.R.L., que concuerda con el del artículo 50, inciso 2º Ley 18.175, que a mi juicio no impide la confusión. Ahora bien, aun con este beneficio, *ex* artículo 8º Ley 19.857 los acreedores de la E.I.R.L. sólo pueden perseguir los bienes de la empresa (y los del titular por el pago efectivo de los aportes que se hubiere comprometido a efectuar). No podrán satisfacer sus créditos persiguiendo otros bienes del titular, como de no existir esta limitación podrían hacerlo *ex* artículo 1.383 Código Civil. Aún así, por efecto de la confusión que ha operado *ex* artículo 15 letra d) con relación al artículo 1.665 Código Civil estos acreedores no deben soportar entre los suyos la presencia de créditos del titular. Se consigue así un efecto equivalente al que se obtiene en otros países por conducto de la subordinación o postergación concursal de créditos de personas especialmente relacionadas al fallido. (Debe considerarse, por último, que no existe en la Ley de quiebras respecto de la confusión una norma como el artículo 69 que impide la compensación que no hubiere operado antes por el ministerio de la ley).

No sucede lo mismo con los créditos de la E.I.R.L. en la quiebra del empresario, que gozarán de la causa de preferencia que les corresponda según su naturaleza. En este caso, no ha operado la concurrencia en una misma persona de las calidades de acreedor y deudor; y no se producen los efectos discutidos anteriormente.

Queda a salvo en todo caso la responsabilidad civil general del empresario y de la E.I.R.L. por los perjuicios que puedan ocasionar a terceros a causa de actos o contratos que no han cumplido con los requisitos exigidos por la legislación. Se trataría de una tutela del crédito, por la despatrimonialización de la empresa o del empresario en perjuicio de sus acreedores. Cualquier tercero que sufra un daño podría impetrar esta responsabilidad. No pueden ignorarse, sin embargo, las dificultades de prueba con que se encontrará al ejercitar esta acción. En efecto, el demandante deberá acreditar el hecho dañoso y su antijuridicidad. El primero consistirá en el acto o contrato o autocontrato entre el titular y la E.I.R.L.

La antijuridicidad se configuraría demostrando el tercero el incumplimiento por parte de su deudor de los requisitos exigidos por la ley para la plena eficacia de estos contratos. Deberá demostrar además la culpa o el dolo del autor del daño (artículo 2.314 Código Civil). La acción prescribiría en cuatro años desde la fecha del acto o contrato (artículo 2.332). Estarían pasivamente legitimados el deudor principal (el titular o la E.I.R.L.) y su contraparte en el contrato que causa el daño, quienes responderían solidariamente (artículo 2.317).

### 3.2 Sanciones penales

El artículo 10, inciso 2° de la Ley 19.857 establece que «la pena del delito contemplado en el número 2° del artículo 471 del Código Penal se aplicará aumentada en un grado si fuere cometido por el titular de una empresa individual de responsabilidad limitada». Con estas palabras, el legislador parece querer decir que si el delito contemplado por el artículo 471, número 2°, del Código Penal, es decir, la celebración de contratos simulados, fuere cometido por el titular de una E.I.R.L., la pena se aplicará aumentada en un grado.

Deberá entenderse que el contrato entre el titular y su E.I.R.L. es un acto constitutivo de delito: (1°) cuando es «simulado»; y, (2°) cuando se «otorga en perjuicio de otro» (artículo 471, 2° Código Penal). Se incurre igualmente en el delito si la simulación es absoluta (no se ha querido celebrar ningún contrato) o relativa (se ha querido un contrato distinto al declarado). La celebración de un contrato simulado no es un hecho ilícito en sí, *«puesto que —como escribe ETCHEVERRY<sup>15</sup>— los ciudadanos no tienen la obligación general de decir siempre la verdad»*. Por esta razón, *«la ley ha puesto como condición objetiva de punibilidad la efectiva producción de un perjuicio patrimonial en otro»*.<sup>16</sup> Esto supone que la víctima deberá demostrar el perjuicio patrimonial que le ha causado el negocio simulado, y en qué consiste la simulación. Se trata, por último, de un delito de *participación necesaria* en que las dos partes contratantes, el titular y la E.I.R.L. comparten la calidad de coautores.<sup>17</sup>

La pena del delito que consiste en la celebración de contratos simulados es la de presidio o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales (artículo 471 pr. Código Penal); y se aplicará aumentada en un grado, si el delito fuere cometido por el titular de una E.I.R.L. (artículo 10 Ley 19.857).

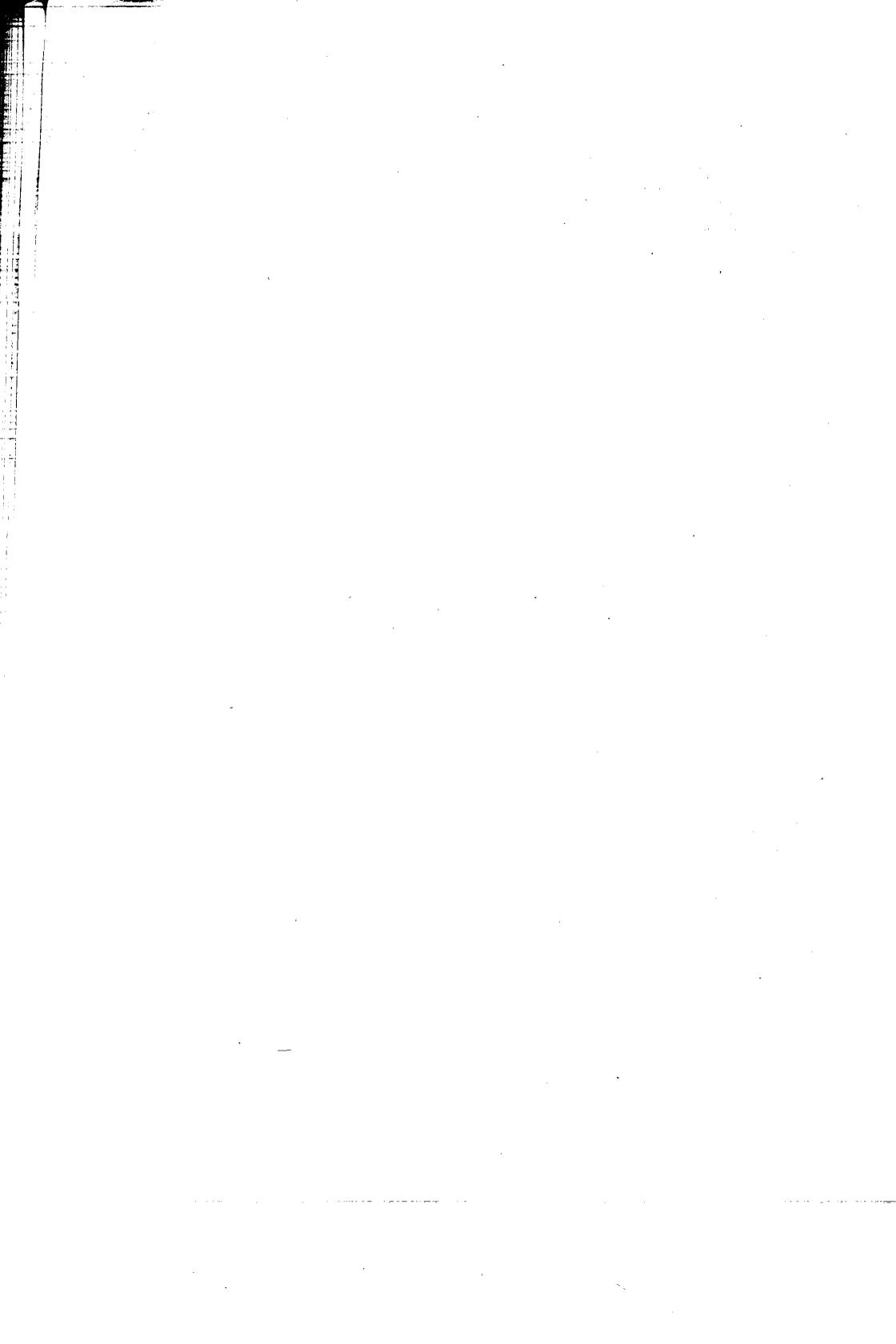
La configuración de este delito y, sobre todo, su establecimiento en sede criminal interesa notablemente para el ejercicio de las acciones civiles de indemnización de perjuicios de que entonces, claramente, sin las dificultades de legitimación que observamos en materia civil, puede valerse el tercero perjudicado, que normalmente será un acreedor. Para el cumplimiento de la obligación de indemnizar,

<sup>15</sup> Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., Santiago, 1998, t. III, página 443.

<sup>16</sup> Matus Acuña, Jean Pierre, *et al.*, *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte especial, Talca, 2001, página 177. En el mismo sentido, Etcheberry, página 443.

<sup>17</sup> Así, Etcheberry, página 443 y Matus Acuña, página 177.

debe tenerse igualmente presente el artículo 2.317 del Código Civil, que establece la solidaridad entre las dos o más personas que hubieren cometido el delito que ocasiona el daño.



## LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

*Doctor en Derecho*

*Universidad de Navarra (España)*

*Profesor de Derecho Civil*

*Universidad de los Andes*

### I. INTRODUCCIÓN

La reciente promulgación de la ley 19.857 que autoriza en nuestro país la constitución de empresas individuales de responsabilidad limitada, ha traído al debate algunos temas que del texto de la ley no quedan claros; uno de ellos es el ámbito de la responsabilidad de las E.I.R.L., en particular si ellas pueden ser demandadas por responsabilidad extracontractual, es decir, si los daños que se causen a terceros por los denominados hechos ilícitos deben ser reparados por ellas o no.

El problema a resolver se presenta al revisar las disposiciones básicas sobre responsabilidad de las E.I.R.L., contenidas en los artículos 8°, 9° y 12 de la ley.<sup>1</sup>

El artículo 8° inciso 1° de la ley, que sienta la regla general sobre la responsabilidad patrimonial de las E.I.R.L., prescribe: «*La empresa responde exclusivamente por las obligaciones contraídas dentro de su giro, con todos sus bienes*».

A su turno, los incisos 1° y 2° del artículo 9° disponen:

«*Son actos de la empresa los ejecutados bajo el nombre y representación de ella por su administrador*».

<sup>1</sup> En lo sucesivo si no se hace referencia a otra ley, se debe entender referida a la ley 19.857.

*La administración corresponderá al titular de la empresa, quien la representa judicial y extrajudicialmente para el cumplimiento del objeto social, con todas las facultades de administración y disposición».*

Conforme con el inciso tercero del artículo citado:

*«El titular, o su mandatario debidamente facultado, podrá designar un gerente general, que tendrá todas las facultades del administrador excepto las que excluya expresamente(...) Lo dispuesto en este inciso no obsta a la facultad del titular de conferir mandatos generales o especiales para actuar a nombre de la empresa, por escritura pública que se inscribirá y anotará en la forma señalada en este inciso».*

Como contrapartida a estas disposiciones, en el artículo 12 de la ley, al establecer los casos en que el titular responderá ilimitadamente con sus bienes, se proponen dos letras, las a) y b), que aparecen coherentes con la configuración de responsabilidad que han delineado los artículos 8° y 9°.

En efecto, la letra a) prescribe la ilimitación de la responsabilidad del titular «[p]or los actos y contratos fuera del objeto de la empresa, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos». Esta disposición parece un corolario natural de lo que se ha dispuesto en el artículo 8° que hace responsable exclusivamente a la empresa «por las obligaciones contraídas dentro de su giro», de manera de que todo lo que salga del giro de la empresa hará responsable al titular.<sup>2</sup>

La letra b) dispone la ilimitación de la responsabilidad del titular «[p]or los actos y contratos que se ejecutaren sin el nombre o representación de la empresa, para cumplir las obligaciones que emanen de tales actos y contratos». Esta letra es la contracara del artículo 9° ya citado, que, como se ha dicho, sólo entiende como actos de la empresa a los ejecutados bajo el nombre y representación de ella por su administrador, en consecuencia, por lo que se ejecute sin el nombre o representación de la empresa debería responder el titular, y es lo que consagra la letra b) transcrita.

Una lectura de conjunto de estas disposiciones que, constituyen el núcleo normativo de la responsabilidad de las E.I.R.L., pudiera llevar a concluir que la única forma en que quede comprometida la responsabilidad patrimonial de la E.I.R.L., sería que la empresa actúe dentro

<sup>2</sup> Sandoval López, Ricardo, «Comentario sobre la ley N° 19.857 sobre Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada», en *Gaceta Jurídica* N° 274, (páginas 16-30), página 25, tiene razón cuando estima redundante la frase «para pagar las obligaciones que emanen de esos actos y contratos», con que termina la letra a) del artículo 12, porque esa idea ya está implícita en la responsabilidad que se ha atribuido al titular.

de su giro y en la medida que lo haga por un administrador, apoderado o mandatario legítimo que la represente –es decir considerando la *contemplatio domini*– y bajo el nombre de ella. Los primeros comentaristas concluyen preliminarmente que la única modalidad jurídica que permitiría satisfacer estas exigencias serían las actuaciones de las E.I.R.L. en el ámbito contractual o negocial; este tipo de empresas no podrían incurrir en otros tipos de responsabilidad, y en particular la extracontractual.<sup>3</sup>

Para dar una respuesta más definitiva a esta interrogante, me parece, se debe indagar por un lado en la función económico-jurídica que tienen las E.I.R.L., y por otro en la naturaleza y función de la responsabilidad extracontractual; por último ofreceré una interpretación de las normas sobre responsabilidad que se han transcrito.

## II LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y SU FUNCIÓN JURÍDICO-ECONÓMICA: CLAVE INTERPRETATIVA

La necesidad de que nuestro país contara con una institución que permitiese a los comerciantes y empresarios en general limitar su responsabilidad para enfrentar nuevos negocios y desafíos empresariales se venía haciendo sentir desde hace muchos años, décadas más

<sup>3</sup> Sandoval López, «Comentario...», cit., página 25, «también se puede interpretar que el legislador habría intentado restringir el ámbito de esa responsabilidad indefinida sólo al pago de las obligaciones generadas en los actos y contratos que exceden del marco del objeto de la empresa individual, dejando afuera otras consecuencias pecuniarias que pudieran derivarse de tales actos y contratos, como por ejemplo indemnizaciones de perjuicios a terceros, responsabilidad extracontractual, etc.»; en similar sentido Concha Gutiérrez, Carlos, «La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada», en *Revista del Abogado*, N° 27, 2003, página 39, al comentar el artículo 8° de la ley: «Esta redacción dará pie para sostener que sólo son susceptibles de perseguirse en el patrimonio de la empresa las obligaciones contractuales, que son las únicas posibles de contraerse en nombre y representación por su administrador. La ley no se limita a decir que son perseguibles en los bienes sociales las obligaciones contraídas dentro del giro de las actividades de la empresa, sino aquellas que lo son en su nombre y representación. En estricto rigor ello excluye la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil, las que sólo serían perseguibles sobre el patrimonio del titular, por no ser hechos ejecutados en nombre y representación de la empresa. Ello deja en una situación muy complicada la responsabilidad extracontractual de la empresa en general, y en especial por hechos de sus dependientes que constituyen hechos que ocurren dentro del giro de las actividades (culpa in eligendo o culpa in vigilando, o por responsabilidad objetiva, según los casos), y que no son contraídas a nombre y por cuenta de la persona jurídica separada»; el profesor Bravo Valdés, Fernando, en un artículo publicado en la pág. A 2 del diario *El Mercurio*, el día 19 de junio de 2003, exponía que la letra b) del artículo 12 que estamos comentado «tendrá lugar cada vez que la obligación en cuestión tenga un origen extracontractual, porque no se ve de qué manera podría entenderse que una obligación contraída en virtud de un delito civil, de un cuasi delito civil o de la ley ha de considerarse contraída 'bajo el nombre y representación de la empresa'...».

bien.<sup>4</sup> Antes de la entrada en vigor de la ley 19.857, la única vía para restringir la responsabilidad era recurrir al modelo de la sociedad de responsabilidad limitada reconocida por la ley 3.918, con la obvia dificultad de encontrar un socio para constituir la sociedad, dado que la ley chilena, hasta ahora, se niega a admitir la posibilidad de sociedades individuales o de un solo socio.

En este contexto se presenta con fecha 4 de junio de 1991 la moción de los senadores Olga Feliú y Sergio Fernández<sup>5</sup> quienes entregan un proyecto completo y bien articulado bajo el modelo de empresa individual de responsabilidad limitada, que fue acompañado de un preámbulo en donde se ofrecen las justificaciones teóricas y doctrinales para legislar en este sentido. Afirman los autores de la moción que *«[e]l subdesarrollo económico tiene una raíz también de índole jurídica, basada en la concepción de mecanismos que entraban el libre desenvolvimiento de los negocios y que se traducen en reglas que atemorizan el riesgo en que consiste la aventura de crear empresas»*; en otro párrafo que me parece ilumina la finalidad que tenían en mente los autores de la moción afirman que *«[c]omprender la responsabilidad moral de aventurar capital—muchas veces sobre la base del crédito— y de crear nuevas plazas de trabajo, no es una cuestión ligera y fácil; corrientemente se piensa que el empresario tiene la obligación legal de dar empleo, mas no siempre se repara en que su obligación primera es producir bienes y servicios y que, de ahí deriva la creación de empleos, y que, para lograr todo ello, será arriesgando esfuerzo y ahorro, que, eventualmente, pueden terminar en un fracaso o en la ruina(...). Se advierte, en consecuencia, que hoy día la excesiva amplitud de la responsabilidad retrae la iniciativa de las personas. La facilidad para constituir sociedades ha sido una preocupación que sobresale en la relativamente reciente legislación, pero subsiste la obligación de involucrar a terceros que carecen de interés directo en la*

<sup>4</sup> El abogado don Gastón Cruzat Paúl, en el año 1945 publicaba una memoria sobre el tema que tituló *Patrimonio de afectación. La empresa individual de responsabilidad limitada*, Imprenta Lathrop, 1945, en donde abogaba por que en Chile se introdujera la figura; el actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia, don Marcos Libedinsky Tschorne, también publicó su memoria de prueba, bajo el título *La empresa individual de responsabilidad limitada*, Editorial Jurídica de Chile, 1959, que ha sido de gran importancia doctrinal para el texto de la ley que en definitiva se publicó. También se mostraba partidario el profesor Olavarria A., Julio, *Manual de Derecho Comercial*, 3ª Edición, s/e, Barcelona, 1969, páginas 142-144; el profesor Figueroa Yáñez, Gonzalo, *El Patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, páginas 575-594, incluye interesantes aportes doctrinales al tema.

<sup>5</sup> La moción y el proyecto de ley presentado, pueden verse en el estupendo libro de González Castillo, Joel, *Empresas Individuales de Responsabilidad limitada*, LexisNexis, Santiago, 2003, páginas 135-147.

*marcha de la empresa, por lo que se tiene que recurrir a testaferreros para dar existencia a la empresa; lo contrario implica arriesgar todos los bienes personales, incluso los de la familia».*

De los párrafos antes transcritos queda nítida la finalidad económica del proyecto: impulsar el progreso económico, facilitando la inversión y desentramar el libre desenvolvimiento de los negocios, para lo cual se propone autorizar estas empresas, sobre la base de permitirles acotar el riesgo asumido, asegurando la limitación de la responsabilidad.

Esta principal finalidad económica que se busca con la consagración legal de las E.I.R.L., y que queda clara en la moción de los senadores Fernández y Feliú, no fue suficiente para convencer a las autoridades de impulsar el proyecto presentado, que durante muchos años se mantuvo sin urgencia en el Congreso.<sup>6</sup> La iniciativa de los senadores Feliú y Fernández cobra nueva fuerza, cuando se toma definitiva conciencia de que la creación de la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada puede ser un buen aliciente para apoyar el decaído estado de las pequeñas y medianas empresas (Pymes).<sup>7</sup> Detecto aquí una segunda finalidad, más precisa que la anterior, cual es estimular a la pequeña y mediana empresa.<sup>8</sup>

La forma jurídica en que se materializa este propósito, no sólo se plasma en la limitación de responsabilidad, sino que queda fortalecida al considerarse a la empresa creada como un sujeto de derecho independiente, dotada de personalidad jurídica y patrimonio propios.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Cfr. Fernández Fernández, Sergio, «Empresas individuales de responsabilidad limitada. Ley N° 19.857 de 11 de febrero de 2003», en *Actualidad Jurídica*, N° 8 (julio 2003), (páginas 113-12), página 114.

<sup>7</sup> Sandoval López, «Comentario...», cit, página 16, explica que los fines que el Gobierno enarboló al apoyar la moción de este proyecto fueron dos: por un lado incentivar el desarrollo de nuevas iniciativas empresariales de pequeños empresarios; por otro formalizar o legitimar actividades empresariales de personas que no lo han hecho porque actúan bajo el amparo de sociedades de hecho o de sociedades simuladas. Un buen resumen de estas ideas puede verse en el Informe de la Comisión especial sobre la Pequeña y Mediana Empresa (Pymes) recaído en el Proyecto de ley, remitido por el Senado, que autoriza el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada. Cámara de Diputados, Boletín N° 370-07, contenido en las páginas 99-137 de la *Historia de la Ley 19.857*, preparado por la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 2003.

<sup>8</sup> Esta finalidad se la ha asociado desde hace mucho tiempo a las empresas individuales de responsabilidad limitada, por todos, Figueroa Yáñez, *El Patrimonio*, cit., página 588.

<sup>9</sup> Olavaria, *Manual...*, cit., página 143, se manifestaba conforme con esta solución «[n]ada se opondría entonces a que se conceda la personalidad jurídica a la empresa individual de responsabilidad limitada la cual formada por la destinación de una persona natural de una parte de su patrimonio al ejercicio del comercio viene a constituir un verdadero patrimonio de afectación».

Sobre la cuestión en sí de la limitación de la responsabilidad patrimonial en el ámbito comercial, es contundente la afirmación de CONCHA<sup>10</sup> cuando afirma que «[n]o es adecuado estimar que la ética o moral en los negocios se identifica con la ilimitación de la responsabilidad por las obligaciones del giro, esto es, por la circunstancia de que los acreedores tengan derecho a perseguir todos los bienes, presentes y futuros del empresario. Ni siquiera la ley de quiebras establece tal grado de ilimitación para el deudor de buena fe». Es evidente que la posibilidad de limitar, efectivamente, la responsabilidad, constituye un elemento de bien común, porque es funcional al desarrollo económico de los pueblos, por lo mismo, no puede ser considerado inmoral que un acreedor quede eventualmente impago por efecto del riesgo implícito en un negocio.<sup>11</sup>

El profesor Figueroa Yáñez, también ha admitido la conveniencia de esta limitación, al afirmar que las «necesidades de la vida económica hacen desde todo punto de vista aconsejable que se permita a un empresario individual que limite su responsabilidad a aquellos bienes que destine específicamente a la actividad económica de que se trate, con el debido conocimiento de sus acreedores, y que deje fuera de esa responsabilidad los bienes que destine a otras actividades diferentes».<sup>12</sup>

Miradas así las cosas y atendidas la función y finalidad de la ley, debe favorecerse una interpretación de la misma que permita configurar un régimen de empresa individual que asegure una limitación real y efectiva de la responsabilidad, y que no suponga para el empresario individual tener que asumir riesgos que en un régimen de sociedad de responsabilidad limitada no estarían afectos, como lo destacada Bravo en el artículo citado cuando afirma que «de esta forma, el titular de la E.I.R.L. puede encontrarse con la desagradable sorpresa de tener que responder con sus «bienes personales» (casa, auto, ahorros para la educación de sus hijos, etcétera) para el cumplimiento de obligaciones tributarias de la E.I.R.L. o por los perjuicios que se causen a terceros...».<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Concha Gutiérrez, «La Empresa...», cit., página 36

<sup>11</sup> Concha Gutiérrez, «La Empresa...», cit., página 36, afirma con la claridad de costumbre: «[l]os incentivos a emprender requieren de la limitación de responsabilidad, sin perjuicio de sancionar aquellos casos en que se han asumido riesgos con infracción de ley, como podría ser la administración con dolo o con la falta de la debida diligencia; pero no cabe duda que en el ámbito empresarial la debida diligencia supone la asunción de riesgos, y por ende, la eventualidad de no pago de las obligaciones».

<sup>12</sup> Cfr. Figueroa Yáñez, *El Patrimonio*, cit., página 577.

<sup>13</sup> Bravo, cit.

En consecuencia, debe huirse de interpretaciones disfuncionales que no han podido estar en la finalidad de la ley, ni que se compadecen con su genuino sentido, conforme con el artículo 19 del Código Civil.

### III. LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y LAS EMPRESAS INDIVIDUALES

Conforme con la doctrina más corriente, la función básica de la responsabilidad extracontractual es de carácter reparador,<sup>14</sup> pues lo que se busca con ella es que quien ha sufrido un daño pueda ser restablecido, sino conforme con una reparación *in natura* al menos mediante una indemnización que le restablezca las lesiones que ha debido soportar. Sin embargo, esta función reparadora no nos ofrece respuesta respecto de quién es el que debe responder, ni tampoco cómo evitar que se causen daños. De aquí que la responsabilidad civil no reconozca una única función. Otra función que puede asociársele, es la de «demarcación».<sup>15</sup> Claro, porque del diseño de responsabilidad que resulte en alguna área de la realidad o el tráfico, dependerán las consecuencias económicas y sociales que se generarán conforme con esa configuración. Corral prefiere hablar de «*función de garantía de la libertad de actuar*», pero está pensando en lo mismo, en una delimitación legal de lo que se puede o no hacer.<sup>16</sup> Surgen de aquí otras variables funciona-

<sup>14</sup> Cfr. Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, página 65; Reglero Campos, Fernando, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, (F. Reglero coordinador), Aranzadi, Pamplona, 2002, (páginas 45-162), página 55, Le Tourneau, Philippe y Cadiet, Loic, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz 2002/2003, Paris, página 1.

<sup>15</sup> Cfr. Díez-Picazo, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, página 43, «[h]ay que coincidir con las opiniones recordadas y reconocer que existe esa denominada 'función de demarcación'. La eventual producción de daños como consecuencia de cualquiera actividad humana y la eventual aplicación de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual entrañan o pueden entrañar evidentes limitaciones, que pueden ir desde abstenerse de llevar a cabo la mencionada actividad a realizarla sólo limitadamente bajo ciertas condiciones, adoptando las precisas medidas de prevención que pueden significar especiales sacrificios. Lo anterior es especialmente significativo en el campo de las actividades empresariales en que la adopción de medidas de prevención entraña costos, con los que el empresario tiene que contar y encontrar la vía para equilibrar. En determinadas ocasiones, algunas formas de responsabilidad pueden, incluso, entrañar la imposibilidad de iniciar la actividad empresarial o de continuarla, porque si las pérdidas que acacen de este modo son muy cuantiosas, la única solución sensata es el cierre».

<sup>16</sup> Cfr. Corral Talciani, *Lecciones...*, cit., páginas 65-66.

les como la preventiva<sup>17</sup> y, muy conectada con ella, la función punitiva.<sup>18</sup>

Pienso que estos elementos funcionales que derivan de cualquier sistema de responsabilidad civil, no pueden dejar de considerarse a la hora de resolver el problema de si las E.I.R.L. están sujetas o no a responsabilidad extracontractual.

Efectivamente, si la única función que nosotros valoráremos a la hora de establecer las reglas de responsabilidad de las E.I.R.L. fuere la reparadora, es decir, que los afectados por hechos ilícitos han de quedar siempre y en todo caso íntegramente reparados, y así concluyéremos que la constitución de una E.I.R.L. no puede ser ocasión para rechazar áreas de limitación de responsabilidad, podríamos destruir la función básica de las E.I.R.L.. La separación en dos del patrimonio de una persona, precisamente se ha hecho con el fin de lograr que al menos en una de dichas esferas patrimoniales la responsabilidad quede delimitada, por la fuerza económica en que se sustenta. Lo mismo puede decirse en el otro sentido, es decir, que no debe quedar necesariamente afectado el patrimonio de la E.I.R.L. por actos propios del titular.

Esta separación patrimonial en la ley 19.857 queda bien lograda para la responsabilidad contractual, porque los autores que la han comentado no han dudado en que existe un ámbito contractual bien delineado para la E.I.R.L. y otro para la actuación personal del titular. Pero la solución insinuada, aunque no querida por algunos comentaristas, en el sentido de que todo el peso de la responsabilidad extracontractual deba recaer en el titular de la E.I.R.L., me parece disfuncional tanto económica como jurídicamente.

#### IV. LAS DISFUNCIONES A QUE LLEVA LA SOLUCIÓN SUGERIDA

Las disfunciones que puede llevar una proposición como la que analizo, pueden agruparse en dos aspectos, uno económico y otro jurídico.

<sup>17</sup> La función preventiva, es decir lograr con el sistema de responsabilidad que no se causen nuevos daños, ha encontrado un gran aliado en lo que denomina como la escuela del análisis económico del Derecho, que pretende formular reglas que permitan la distribución de los costos de los accidentes de una manera tal que deba soportarlos aquel que esté en mejor posición de evitarlos (es decir que le resulte más barato hacerlo). Cfr. Reglero Campos, «Conceptos generales...», cit., páginas 56-62.

<sup>18</sup> Como se sabe en nuestro sistema no existen legalmente los denominados *punitive damages* del sistema anglosajón, que buscan penalizar al hechor por la gravedad del daño causado, sin consideración y por sobre el valor económico del daño causado, y con una finalidad esencialmente preventiva. Tal vez nuestro sistema de valoración del daño moral, dada la libertad con que actúa el juez y la total desvinculación con valores patrimoniales a la hora de fijarlo, funciona en la práctica como un daño de carácter punitivo.

## 1. DISFUNCIONES ECONÓMICAS

La primera desviación que apreció deviene del hecho de que una interpretación así supone que el titular no logra una efectiva limitación de responsabilidad, porque igual va a quedar expuesto a responder por las obligaciones extracontractuales de la E.I.R.L. Como consecuencia de lo anterior, puede decirse que el incentivo para crear una E.I.R.L. disminuye enormemente y con ello se recienta la finalidad que se ha buscado.

Pero no sólo por esta razón se desdibuja la finalidad económica de las E.I.R.L., sino que también se introduce un incentivo perverso al sano propósito buscado de que la gente invierta lo razonable en el coste de evitar accidentes. En efecto, de llegar a la conclusión que de cualquier hecho ilícito que en principio pudiera recaer en la esfera de la actuación de la E.I.R.L. deba responder el titular, ello puede significar ofrecer un incentivo a los empresarios y personas naturales de crear una E.I.R.L., u otra paralela, ya no con la finalidad de iniciar un negocio, sino de ponerlo a salvo de contingencias dañosas que puedan afectar al titular, emanadas del otro negocio que se ha enfrentado. Es cierto que si el negocio es falso en absoluto, podrá actuarse por la vía de la simulación o el fraude,<sup>19</sup> y si lo que se ha hecho es traspasar bienes de manera fraudulenta la ley contempla mecanismos para impugnar tales actos, pero, con todo, no parece difícil inventar algún negocio con la única finalidad de evitar este efecto no querido de la ley.

<sup>19</sup> Concha Gutiérrez, «La Empresa...», cit, página 38, «[all reconocer una personalidad separada a la empresa individual de responsabilidad limitada y a su titular, la ley contempló la posibilidad de actos y contratos entre ellos, exigiendo determinadas solemnidades y publicidad. La posibilidad de contratación entre estos dos «bolsillos» de un mismo patrimonio abre posibilidades insospechadas de infracción para la ejecución de actos y contratos prohibidos por la ley, los que pueden perfectamente encontrarse comprendidos dentro del objeto legal de la empresa. Esta última sanciona como delito agravado el otorgamiento de contratos simulados, olvidando que muchos de los contratos prohibidos no contienen simulación alguna: el acto es querido y es real, pero es contrario a la ley. Al admitir la contratación entre el Dr. Merengue y el «Otro Yo» del Dr. Merengue se abren posibilidades de actos que en otras circunstancias habrían sido considerados fraudulentos. y que ahora sólo podrían serlo bajo la teoría de la penetración de la personalidad jurídica o de levantamiento del velo, posibilidad que puede quedar eventualmente vedada al reconocerse formalmente la responsabilidad separada entre la empresa y el titular. En esto corresponderá una tarea fundamental a los Tribunales de Justicia, los que se verán forzados a poner al día las aplicaciones de la teoría de la simulación, fraude y penetración de la personalidad jurídica por abuso de ella».

## 2. DISFUNCIONES JURÍDICAS

La solución interpretativa que venimos criticando tampoco parece calzar con un recto entendimiento de la responsabilidad civil. Si bien lo que pretende es asegurar el pago de los daños causados a terceros y no afectar el patrimonio de la E.I.R.L. por obligaciones que no estén directamente vinculadas con el giro de ella, la verdad es que una interpretación como la que se ha insinuado, crea una distorsión jurídica de proporciones.

En primer lugar porque las E.I.R.L. constituyen una personalidad jurídica independiente de su titular, lo que supone constituir una persona o sujeto de derecho distinto, con todos los atributos de las personas jurídicas. Si ello es así, no se divisa la razón por la cual una E.I.R.L. no habría de tener responsabilidad extracontractual.

Se ha dicho que si bien la E.I.R.L. puede ser administrada por su titular, también puede recaer la administración en un tercero, en calidad de mandatario. Pues bien, ello supone que, teóricamente, es factible que un determinado hecho no pueda ser imputado desde la pura perspectiva fáctica al titular. En estos casos, para imponerle la responsabilidad al titular sólo puede lograrse por la vía de estirar artificialmente la imputación que, obviamente, aparece como desigual respecto de una institución afín como es la sociedad de responsabilidad limitada. Y la finalidad de esta solución aparece nítida, pues, la razón sería evitar que el titular se parapete detrás de su «doble» personalidad, para así no responder personalmente por los daños que ha causado la E.I.R.L., en el ámbito extracontractual.

Lo cierto es que la solución no parece razonable, si se tiene presente que la exoneración de responsabilidad que nosotros planteamos sólo tiene fundamento en las reglas generales. Es decir, el titular no responderá de aquellas obligaciones extracontractuales de las cuales no debería quedar obligado de aplicar las reglas de la legislación común (civil y comercial). Como podrá apreciarse, el titular responderá cada vez que, según tales reglas, pueda imputársele un daño a título personal.

Pero no sólo en la línea expresada aprecio disfuncionalidades jurídicas, sino que, además, la irresponsabilidad extracontractual de las E.I.R.L. hace imposible darle aplicación a reglas de responsabilidad objetivas, en las cuales lo determinante es el patrimonio que está vinculado a la actuación y no quién ha desplegado el comportamiento; en estos casos existe una atribución de responsabilidad conforme con otras valoraciones legales. Para la responsabilidad de la ley del

tránsito, por ejemplo, ¿por qué no habría de resultar responsable la E.I.R.L. dueño de un vehículo motorizado por los daños que cause el chofer del mismo y sí lo sería, en cambio, el titular de la E.I.R.L.?<sup>20</sup>

Podrá contestárseme que, este mismo criterio de vincular patrimonios con abstracción del concreto comportamiento de un sujeto, es lo que haría razonable hacer responder al titular por los hechos dañosos que eventualmente puedan ser imputados a la esfera de actuación de la E.I.R.L. Ello sería admisible si la atribución de responsabilidad no causare la disfunción económica que hemos reseñado. Yo no digo que no pueda configurarse legalmente un vínculo entre hechos de la E.I.R.L. y el titular, pero si se quiere satisfacer las finalidades buscadas por la ley, no debe estirarse la responsabilidad del titular hasta este extremo y al mismo tiempo suprimir por ley la responsabilidad de la E.I.R.L.

## V. LA INTERPRETACIÓN QUE PROPONGO: ACUDIR A LAS REGLAS GENERALES

Una vez que se ha concluido que no resulta ni económica ni jurídicamente razonable negar la responsabilidad extracontractual de las E.I.R.L., debemos volver a la ley 19.857, e indagar si de su texto es posible una interpretación que se avenga con las finalidades de la ley misma y con las funciones de la responsabilidad civil.

Estimo que una lectura más abierta de los artículos 8° a 12 de la ley, permite afirmar que la ley ha regulado la responsabilidad general de la E.I.R.L. y precisado a continuación la responsabilidad contractual. En efecto, la regla general de la responsabilidad está establecida en el artículo 8° que dispone que el ámbito de la responsabilidad deriva de «*las obligaciones contraídas dentro de su giro*». La palabra «*contraídas*» no debe entenderse ni interpretarse como obligaciones provenientes de contratos, es decir, como haciendo alusión a las obligaciones de naturaleza contractual, pues, el artículo 545 del Código Civil, referido a las personas jurídicas, y por lo mismo aplicable a las E.I.R.L., define a las personas jurídicas entre otras características como capaces de «*contraer obligaciones*». La doctrina le ha dado a este vocablo una interpretación amplia.<sup>21</sup> Así, la palabra «*contraídas*» utilizada por el artículo 8° de la ley, puede ser entendida como obligaciones asumidas que recaen sobre el patrimonio de la E.I.R.L., cualquiera sea su fuente.

<sup>20</sup> Cfr. artículo 174 de la ley 18.290.

<sup>21</sup> Cfr. Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*, Tomo I, 2ª edic., Conosur, Santiago, 1983, página 149; Lyon Puelma, Alberto, *Personas Jurídicas*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, páginas 159-160.

El elemento clave para distinguir si una obligación afecta o compromete a la E.I.R.L. está determinado por el vínculo que debe existir entre la respectiva obligación y el «giro» de la E.I.R.L. En la medida que se trate de obligaciones conectadas con el giro de la E.I.R.L., es decir que se han «contraído» con ocasión del mismo, quedará comprometida la responsabilidad de la E.I.R.L. Por ello, los daños causados conforme con las reglas del Código Civil, los que se deriven de responsabilidad medioambiental, o de la ley de protección de los derechos del consumidor, por dar algunos ejemplos, podrán hacerse efectivos en el patrimonio de la E.I.R.L., ello en la medida de que efectivamente los hechos en que se funden estén vinculados con el giro de la E.I.R.L., es decir que hayan sido contraídas en la auténtica operación de la E.I.R.L.<sup>22</sup>

La objeción a esta interpretación, a partir de lo dispuesto en el artículo 12 letra b) de la ley, creo, se desvanece bajo el siguiente argumento. Esta última disposición consagra el carácter ilimitado de la responsabilidad para el titular de una E.I.R.L. por «actos y contratos» que se ejecutaren sin el nombre o representación de la empresa. Entiendo que este artículo claramente alude a la responsabilidad contractual, pues habla de «actos y contratos», términos que en nuestro sistema civil están reservados para aludir a actos jurídicos unilaterales o bilaterales, es decir que dan lugar a obligaciones que nacen de los contratos o convenciones, en la terminología del artículo 1.437 del Código Civil.

Siguiendo la interpretación que estimo la adecuada, es el artículo 9º de la ley el que consagra específicamente las reglas para configurar la responsabilidad contractual de las E.I.R.L., cuando habla de que «son actos de la empresa», los ejecutados a nombre y representación de ella. Por lo mismo, se excluye su responsabilidad y se la hace recaer sobre el titular, cuando los actos o contratos ejecutados no satisfacen las exigencias que la norma establece: que se actúe a nombre de la empresa, en su representación y dentro de su objeto. Estimo que la letra a) del artículo 12 de la ley es un corolario a la limitación de la E.I.R.L. que configura el artículo 8º cuando ha definido que las obligaciones por las cuales responde deben estar vinculadas con el «giro» de ella. Es natural entonces que el artículo 12 letra a) haga

<sup>22</sup> La supresión de la frase «y con sujeción a los artículos 11 y 12» que contenía el primitivo artículo 9º de la moción de los senadores Feliú y Fernández, es indicativa de la mayor extensión que se le dio a este artículo.

responsable al titular cada vez que la E.I.R.L. celebre actos o contratos «fuera del objeto de la empresa.»<sup>23</sup>

La interpretación que aquí defiendo se fortalece con la aplicación de las reglas generales de responsabilidad extracontractual que recaen sobre las personas jurídicas, porque en nuestro país es doctrina aceptada,<sup>24</sup> legalmente reconocida (cfr. artículo 39 del Código de Procedimiento Penal y artículo 58 inciso 2º del Código Procesal Penal) y jurisprudencialmente consolidada<sup>25</sup> de que las personas jurídicas responden extracontractualmente por los daños causados por sus administradores. Esta doctrina debiera serle aplicada en principio a las E.I.R.L., y no existe razón de texto para excluirla. Lo anterior es sin perjuicio de la denominada responsabilidad por hecho ajeno —también llamada vicaria o indirecta<sup>26</sup>— o de las cosas.<sup>27</sup>

## VI. PRESUPUESTOS PARA QUE OPERE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DIRECTA DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES

Conforme con lo que he concluido, las E.I.R.L. sí tienen responsabilidad extracontractual, por lo que conviene delinear, aunque sea a grandes rasgos, los presupuestos para hacerla valer.

<sup>23</sup> En el Segundo Informe que preparó la Comisión de Constitución del Senado y por el cual despacharon las indicaciones que los senadores le hicieron al proyecto de ley, y que se recoge en la Historia de la Ley, páginas 74-75, se rechazó una indicación del senador Cantuarias que había hecho al artículo 11 del Proyecto —que es el numeral correlativo de la disposición que estamos estudiando— por la cual se proponía que en vez de señalarse que son actos de la empresa los ejecutados bajo el nombre y representación de ella por su administrador, se diga que son obligaciones de la empresa las contraídas en esa circunstancias. La Comisión no estuvo de acuerdo con lo propuesto, por la mayor amplitud del concepto «actos» que el de obligaciones, y por considerar que lo que interesa en la especie es la atribución de los actos a la empresa, que no conlleva necesariamente para ella ninguna obligación. La explicación es importante, porque objetivamente actos y obligaciones no son términos en que exista una relación de género a especie, pues, los actos pueden generar obligaciones, pero no toda obligación proviene de un acto. De otra manera, mientras los actos pueden ser fuente de obligaciones, no todas las obligaciones provienen de actos jurídicos. Esta diferencia conceptual no quedó bien registrada en el Informe, pero, sin embargo, la razón por la cual se dejó la palabra «actos», si bien no parece darme la razón, es importante, en cuanto se quiere con ella reflejar una atribución de responsabilidad, más allá de si el acto estaba o no generando una obligación. Es decir, la Comisión entendía que había una responsabilidad más allá de lo que se conoce como responsabilidad contractual. Aunque estrictamente, creo, el artículo 9º consagra la responsabilidad contractual.

<sup>24</sup> Corral Talciani, *Lecciones...*, cit., páginas 328-329; Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad...*, Tomo I, cit., 148-152; Lyon Puelma, Alberto, *Personas jurídicas*, cit., 159-160.

<sup>25</sup> C. Sup. sentencia de 16 de noviembre de 1999, *RDJ*, t. XCVI, secc. 1ª, página 192.

<sup>26</sup> Cfr. Alessandri, *De la responsabilidad...*, t. II, cit., páginas 291-449; Rodríguez, *Responsabilidad...*, cit., páginas 208-256; Corral, *Lecciones...*, cit., páginas 231-249.

<sup>27</sup> Sobre la responsabilidad del empresario por hecho del dependiente véase Zelaya Etchegaray, Pedro, *La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

## 1. ACTUACIÓN DENTRO DEL GIRO

El primer presupuesto a considerar, es que la E.I.R.L. debe actuar dentro de su «giro», conforme se desprende del artículo 8° de la ley.

Se ha criticado un cierto grado de imprecisión técnica de la ley en materia del objeto o «giro» de la empresa,<sup>28</sup> elemento que, conforme con el artículo 4 letra d) de la ley, debe estar consignado en la escritura de constitución, pues se hace referencia a la «*actividad económica*»<sup>29</sup> de la empresa y su «*ramo o rubro específico*», nociones ambas que no encuentran respaldo doctrinal ni técnico, y más bien responden a criterios que usa el Servicio de Impuestos Internos para codificar a sus contribuyentes.<sup>30</sup>

Me parece que la crítica que hace Concha<sup>31</sup> a la ley al establecer el «giro» como un elemento limitativo de su actuación eficaz, debe matizarse si se tiene presente que esta estrictez legal se explica en cuanto se ha definido el giro como el elemento «delimitador» de la responsabilidad del titular y de la empresa.<sup>32</sup> De cualquier manera una interpretación que permita la constitución de una E.I.R.L. con más de un objeto parece razonable.<sup>33</sup>

Debe considerarse que el establecer si la empresa actuó o no dentro del giro es una cuestión de hecho, que por lo mismo escapa al control de la casación y muchas veces no será fácil de resolver.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> Por todos González Castillo, *Empresas...*, cit., páginas 59-62, quien concluye que el objeto debe ser único y específico, sin que existan antecedentes en la historia de la ley que permitan explicarse esta exigencia de especificidad, que de cualquier manera hace más estricta la constitución de este tipo de empresas respecto de una sociedad de personas, la que puede constituirse para objetos genéricos.

<sup>29</sup> Moya Plaza, Wildo Iván, «Empresa Individual de responsabilidad limitada» en, *Revista Chilena de Derecho*, Vol 30, N° 2, (páginas 225-236), 2003, página 228, explica que «[all emplear la expresión 'actividad económica', la ley deja fuera del ámbito de estas entidades, el desarrollo de actividades no lucrativas».

<sup>30</sup> González Castillo, *Empresas...*, cit., página 61.

<sup>31</sup> Concha Gutiérrez, «La Empresa...», cit., página 36.

<sup>32</sup> Olavaria, *Manual...*, cit., página 143, afirmaba que «la administración corresponderá al empresario, el cual deberá actuar dentro de los límites que constituyan el giro o propósito de ella».

<sup>33</sup> Fernández Fernández, «Empresas...», cit., página 121, «la exigencia de especificidad en el objeto o actividad económica de la empresa (...) representa un desafío en la interpretación de la norma, pues sería incoherente el que esta nueva institución libera al constituyente de las tajaduras de indivisibilidad del patrimonio y, al mismo tiempo, quede restringido a un objeto único y rígido.»

<sup>34</sup> Sandoval López, «Comentarios...», cit., página 24, «[a] este respecto nos permitimos recordar que, conforme a la letra d) del artículo 4°, el giro de la E.I.R.L. puede consistir en una actividad económica que deberá indicarse en la escritura constitutiva, conjuntamente con el rubro específico en que dentro de ella se desempeñará, descripción del objeto que es imprecisa y que suscitará dudas acerca de la responsabilidad de la empresa, cuando dicho objeto quede determinado en forma poco clara en la escritura fundacional de la empresa. Esto redundará en contra de los acreedores que no podrán hacer efectiva responsabilidad de la empresa, respecto de todos sus bienes».

## 2. QUIEN ACTÚA POR LA EMPRESA SEA SU LEGÍTIMO ADMINISTRADOR O REPRESENTANTE

La ley tiene reglas propias para determinar las personas que deben entenderse legítimos administradores de la sociedad. Al menos pueden encontrarse tres sujetos que califican como legítimo representante de una E.I.R.L.<sup>35</sup>

### a) El titular

Conforme con el artículo 9° la administración corresponderá al titular de la empresa, quien la representa judicial o extrajudicialmente para el cumplimiento del «objeto social»<sup>36</sup> «con todas las facultades de administración y disposición». Estos amplios poderes de administración que la ley le reconoce al titular confirman la importancia que adquiere el «giro u objeto» empresarial, para delimitar la responsabilidad, pues, en los casos en que actúe el titular, el criterio más relevante para excluir o incluir la responsabilidad de la empresa será si se actuó dentro o fuera del «giro», porque la ley considera al titular imbuido de todos los poderes de administración y disposición.

### b) Gerente general

El artículo 9° inciso 2° faculta al titular personalmente o por medio de mandatario para designar a un gerente general de la empresa que, «tendrá todas las facultades del administrador excepto las que excluya expresamente» y pueden ser reducidas expresa y formalmente.

### c) Mandatarios generales o especiales

La parte final del inciso 2° del art. 9° también faculta al titular para constituir mandatos generales o especiales, lo que permite afirmar

<sup>35</sup> En el informe de la Comisión especial sobre la Pequeña y Mediana Empresa de la Cámara del Senado, cit., páginas 112, se explica lo siguiente: «En las empresas individuales de responsabilidad limitada sería preferible entregar su administración a un órgano cuyos poderes se determinen legalmente, toda vez que la doctrina moderna ha abandonado la idea de mandato para explicar las relaciones jurídicas entre la empresa y sus administradores».

<sup>36</sup> *Lapsus legis* porque no se trata de una sociedad. Así quedó la disposición como consecuencia de las adiciones y enmiendas que la Comisión Especial aprobó en la discusión particular (artículo 11 que pasó a ser 9°), véase *Historia de la Ley*, cit., páginas 131-133.

que estos mandatarios también podrían comprometer la responsabilidad extracontractual de la empresa.

3. QUE COMO CONSECUENCIA DE ESTA ACTUACIÓN SE CAUSE UN DAÑO A UN TERCERO QUE DEBA SER INDEMNIZADO

Este tercer presupuesto nos permite insertarnos en las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, las que se gatillan por el hecho de que se haya causado daño a otro. Entiendo, en consecuencia, que si este daño ha sido causado en el marco de la actuación de un representante o administrador de la empresa, y dentro de su giro, quedará comprometida la responsabilidad de ésta, de concurrir el resto de los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual (culpa, relación de causalidad, ausencia de un factor de exoneración, etc.).

Una confirmación de la responsabilidad extracontractual que puede derivar de la actuación de las E.I.R.L. puede encontrarse en el artículo 10 inciso 2º de la ley, que viene a aumentar la pena que el artículo 471 número 2 del Código Penal impone a quienes otorguen contratos simulados, y ello, sin perjuicio de la responsabilidad ilimitada que le impone al titular, de acuerdo con el artículo 12 letra c) de la misma ley.

Me parece que si del otorgamiento de un autocontrato simulado entre el titular y su empresa se derivan perjuicios, no puede obviarse la responsabilidad de la empresa, particularmente si se tiene presente la responsabilidad criminal del autor. Parecería un despropósito proteger el patrimonio de la empresa haciendo recaer exclusivamente la responsabilidad en los bienes del titular, porque el acto criminal si bien pudo haber sido ejecutado materialmente por una persona natural, ello no puede ser óbice para impedir que se persiga la responsabilidad patrimonial de la misma empresa, toda vez que ella se vio involucrada, y no hay razón para dejar de aplicar las reglas generales.

VII. PATRIMONIO SOBRE EL QUE SE PUEDE EJERCER LA RESPONSABILIDAD

Pese a que las E.I.R.L. constituyen personas jurídicas independientes de su titular, lo cierto es que el elemento auténticamente diferenciador de ellas, a los efectos de responsabilidad, es el patrimonio, que entre titular y empresa no se confunden.

Por lo mismo, estimo que un análisis de la responsabilidad de este tipo de empresas obliga a determinar el patrimonio de la empresa, que conforme con el artículo 2.465 del Código Civil, queda comprometido frente a toda obligación «*contraída*» por la empresa dentro de su giro.

El activo que puede embargarse está determinado por el capital aportado —dinero o especies— los frutos de estos bienes, los bienes adquiridos con ellos y los créditos que beneficien a la empresa.

Analizaré dos tipos de bienes que pueden embargarse y que tienen características peculiares

#### 1. EL APORTE PENDIENTE DE PAGO

La ley ha intentado una diferenciación clara entre patrimonio de la empresa y del titular, por ello el artículo 9º, luego de configurar la regla básica de la responsabilidad de la empresa, prescribe que el titular «*responderá con su patrimonio sólo del pago efectivo del aporte que se hubiere comprometido a realizar en conformidad al acto constituido y sus modificaciones*». De manera que esta obligación de aporte no enterada es un crédito de la empresa, que por lo mismo puede ser embargado por los acreedores como cualquier otro bien que pertenezca al patrimonio de la empresa. Naturalmente si es él el que controla la sociedad, poco interés tendrá en momentos de crisis de la empresa, en pagar el aporte que esté pendiente, y lo importante es que los acreedores de la empresa puedan perseguir directamente ese aporte comprometido.

Lo que pase de la obligación de aporte del titular no puede perseguirse; es en esta limitación de la responsabilidad del titular en donde radica esencialmente el carácter restringido de la responsabilidad de la empresa individual, sin perjuicio de las excepciones que contempla el artículo 12 de la misma ley.

#### 2. LAS UTILIDADES LÍQUIDAS DE LA EMPRESA NO RETIRADAS

Como contrapartida del derecho de los acreedores de la empresa para perseguir la obligación de aporte del titular, el artículo 11 de la ley dispone que las utilidades líquidas de la empresa pertenecerán al patrimonio del titular separado del patrimonio de la empresa, pero «*una vez que se hubieran retirado y no habrá acción contra ellas por las obligaciones de la empresa*».

Esta norma contiene dos proposiciones distintas. Por una parte, aclara que las utilidades líquidas de la empresa que se hubieren retirado, forman parte del patrimonio del titular. Por otra parte, niega el derecho de embargo en contra de ellas por los acreedores de la empresa.<sup>37</sup>

La verdad es que la norma es importante porque define el ámbito de exclusión del embargo respecto de «*utilidades líquidas*», que es un concepto técnico-tributario, que goza de un doble carácter jurídico-fáctico, por la necesidad que existe de aplicación de normas legales para determinarlo.

Esta limitación patrimonial se mantiene incluso al momento de la liquidación de la empresa, en lo que se refiere a la titularidad del beneficio, pero se pierde el derecho de exclusión de los acreedores de la empresa, pues, los acreedores del titular «*sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular[...] una vez satisfechos los acreedores de la empresa*».<sup>38</sup>

Lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad que se le reconoce a los acreedores del titular para embargar y realizar la E.I.R.L. como conjunto.<sup>39</sup>

## VIII. LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES

Dada la unión tan íntima que existe entre titular y empresa, puede ser perfectamente posible que un hecho que revista carácter de delito o cuasidelito civil, involucre al titular, como agente causante del daño, pero actuando en el «*giro*» de la empresa. En tal caso puede darse la posibilidad de demandar tanto al titular como persona natural, para perseguir su responsabilidad patrimonial personal y también a la empresa, en la medida que, conforme con las reglas vistas, el

<sup>37</sup> Concha Gutiérrez, «La Empresa»..., cit, página 39, afirma «la ley tenía la opción de considerar que ellas eran perseguibles por los acreedores del giro, y que sólo hay utilidad o pérdida una vez finalizada la liquidación, o proteger el retiro y no dar acción en contra de las utilidades líquidas. La ley optó por la alternativa que ni aun retiradas habrá acción en contra de ellas. Con ello, queda a resguardo el patrimonio del titular no sólo en cuanto limita su responsabilidad al capital, como es tradicional, sino que también quedan a salvo las utilidades retiradas, quedando de alguna forma asimilado al caso del accionista de la sociedad anónima».

<sup>38</sup> En el Primer Informe del Senado, cit., página 20, se ofrece la siguiente explicación: «El fundamento de esta solución se encuentra en el hecho ya anotado de la personalidad autónoma de la empresa, de lo que resulta que ésta responde con todos sus bienes ilimitadamente frente a sus acreedores y, una vez pagados éstos, el residuo pertenece al empresario».

<sup>39</sup> Sahlf Cruz, Juan Carlos, «La empresa individual de responsabilidad limitada», en *Actualidad Jurídica* N° 8, 2003, (páginas 123-141), páginas 136-140.

titular es representante legítimo de la empresa y en tal calidad compromete la responsabilidad de ésta.

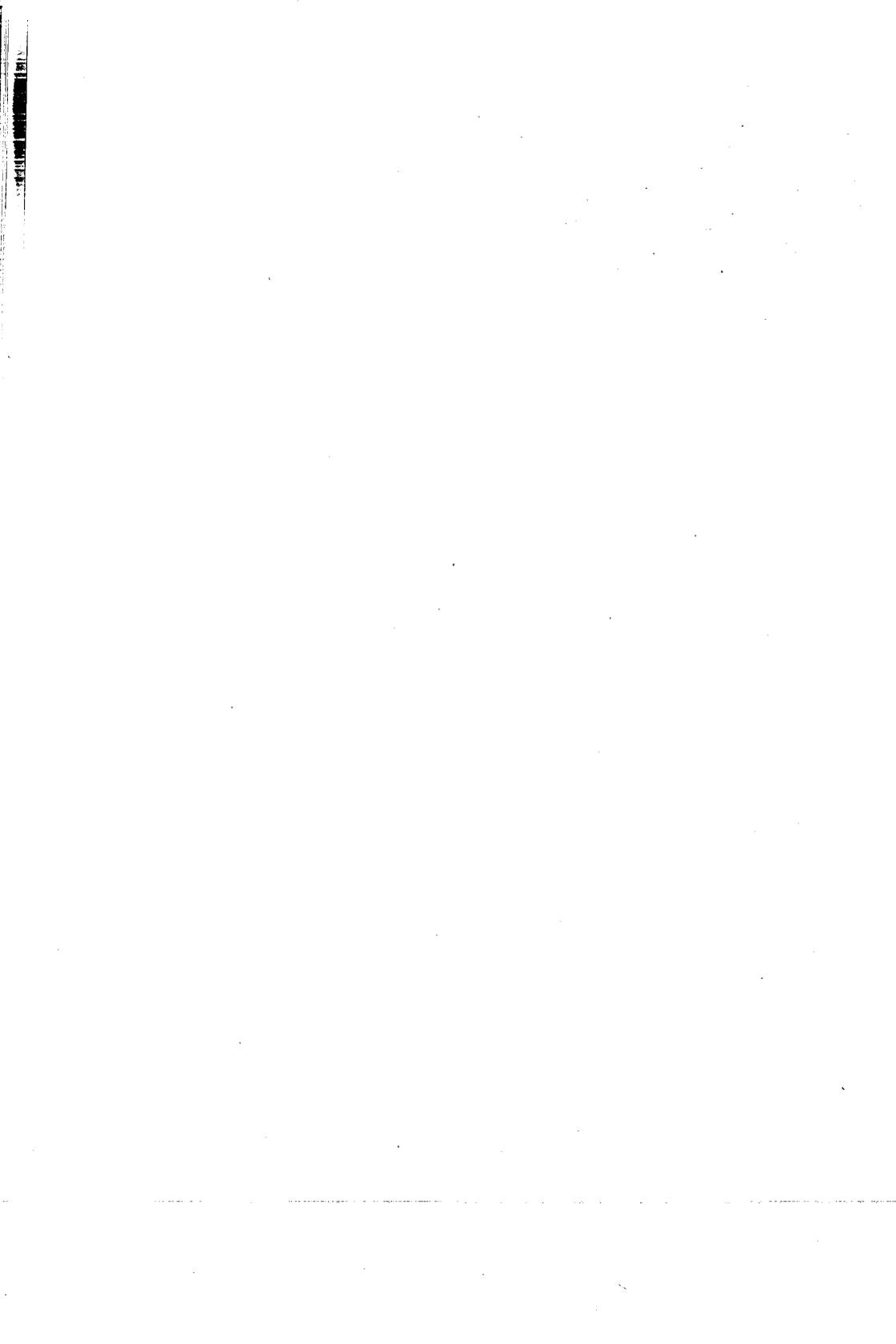
El supuesto anterior, creo, puede encontrarse en el caso de que se trate de una E.I.R.L. constituida por un profesional para desarrollar actividades propias de su profesión, pues, pese a que alguna doctrina niega la posibilidad de constituir una E.I.R.L.<sup>40</sup> en estos casos, no vemos razón dogmática<sup>41</sup> ni legal para oponerse.<sup>42</sup> La acumulación podría surgir de actividades desarrolladas por el profesional, en cuanto sean constitutivas del giro propio de la empresa y hayan sido desplegadas por el mismo titular, pues en tal caso comprometerían a la empresa misma; pero, dado que también existe una actuación personal del profesional, queda también comprometida su propia responsabilidad patrimonial, con arreglo a las reglas generales.

En los casos en que pueda demandarse en conjunto, solidaria o alternativamente, tanto al titular como a la empresa, buen cuidado habrá de ponerse de dirigir la demanda en contra del titular en su doble carácter, es decir en cuanto persona natural y en cuanto administrador y representante de la E.I.R.L., haciendo referencia en la demanda a las dos personas en forma independiente.

<sup>40</sup> Cfr. González Castillo, *Empresas...*, cit. páginas 53-54.

<sup>41</sup> Claro, porque entiendo que una actividad profesional puede estar organizada como empresa. Moya, «Empresa individual...», cit., página 226, admite la constitución de E.I.R.L. por profesionales para desarrollar actividades profesionales, en la medida de que efectivamente se esté frente a una empresa.

<sup>42</sup> El artículo 2º de la ley permite constituir una E.I.R.L. para desarrollar «toda clase de operaciones civiles y comerciales»; por su parte, la exigencia que hace el artículo 4 letra c), de que en la escritura de constitución de la empresa se exprese el monto del capital que se trasfiere, con indicación de si se hace en dinero o en especies, y en este último caso con expresión del valor de las especies, sólo está referida a la exigencia de que se aporte capital, en dinero o en especies, pero no creo que suponga una limitación a que se constituyan empresas individuales para desarrollar actividades profesionales. Comparto en este sentido la idea de Moya, «Empresa individual...», cit., página 226, de que debe tratarse de una empresa, es decir «que exista una organización de bienes materiales e inmateriales de propiedad del empresario o que se encuentren a su disposición, y de trabajo fundamentalmente ajeno con el objeto de explotar una actividad económica».



## QUIEBRA DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

**RAFAEL GÓMEZ BALMACEDA**

*Profesor de Derecho Comercial Universidad de Chile  
y Universidad del Desarrollo  
Director del Departamento de Derecho Comercial  
de la Universidad de Chile*

### I. LA QUIEBRA

La actual Ley de Quiebras, en su artículo primero; siguiendo el delineamiento de la anterior Ley N° 4.558, del año 1929, en lugar de definir la quiebra como lo discurrió el artículo 1.365 del Código de Comercio, en términos de conceptualizarla como: «El estado del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles», inspirado, a su vez, en el artículo 437 del Código de Comercio francés del año 1807, entendiéndola así como una suerte de estado preexistente, ha preferido definir el juicio de quiebra, como el que: «Tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley.»

Agustín Vicente y Gella, en su obra: *Introducción al Derecho Mercantil Comparado*, advierte: «*Que la quiebra es una situación de orden procesal, de tal forma como aludir a la quiebra vale tanto como referirse al juicio de quiebra*»,<sup>1</sup> lo que se explica, sencillamente, porque sin juicio de quiebra no hay, propiamente, quiebra ante el Derecho.

La sentencia que da lugar a la apertura del juicio de quiebra, no se limita a darle entrada a esta institución a la esfera del derecho, una

<sup>1</sup> Ed. Labor S.A., 1934, página 436.

vez que el juez se cerciora por todos los medios a su alcance y con la audiencia del deudor, de la efectividad del estado de cesación de pagos que lo afecta, como si fuera una situación que requiriese de un mero reconocimiento judicial, porque tal fallo no tiene el carácter de ser simplemente declarativo, como lo califica el artículo 52 de la Ley N° 18.175, porque el pronunciamiento del tribunal configura una situación jurídica especial del deudor, *constitutivo* de un nuevo estado, que arranca sus efectos inmediatamente desde el mismo día en que se dicta y que opera *erga omnes*.

Asímismo, este proceso se encuadra y queda comprendido, atendido, primordialmente, el fin que persigue, en un procedimiento que es de naturaleza de ejecución forzosa, en el cual se reabsorben todas las acciones individuales en una sola acción conjunta, porque afecta todos los bienes del patrimonio del deudor a la común satisfacción de la totalidad de los créditos del concurso, en protección del principio de la: «*Par Condictio Creditorum*», según la máxima latina que estatuyó el Código Civil en el artículo 2.469, lo que denota el interés general que tiene como significado, cuyo es el fundamento en que descansa y que verifica al juicio de quiebra.

## II. DECLARACIÓN DE QUIEBRA DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

### 1. APLICABILIDAD DE LA LEY N° 18.175

Al establecer el consabido artículo 1° de la Ley N° 18.175 que el juicio de quiebra tiene por objeto realizar los bienes de una persona natural o jurídica, ha quedado sobreentendida en este último alcance la procedencia del concurso respecto de una empresa individual de responsabilidad limitada, en adelante la empresa, si se considera que la Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003 que consagró su existencia, le reconoció expresamente personalidad jurídica en el artículo 2°, distinguiéndola así claramente de la individual del propio constituyente.

El contexto de la ley confirma, por lo demás, esta aserción, como se ilustra del sentido de lo dispuesto en los artículos 12, letra e) y 15, letra d), este último en relación con el artículo 17.

El primer precepto se refiere a los casos de excepción al artículo 8°, en que el titular ha de responder ilimitadamente con los bienes de su patrimonio personal de las obligaciones contraídas por la empresa y entre ellos *figura el que la entidad fuere declarada en quiebra, sea culpable o fraudulenta*.

La segunda disposición establece las causales de terminación de la empresa y entre las hipótesis que la ley contempla, menciona la de la quiebra de la misma entidad, lo que constituye una excepción a las normas generales que regulan a las sociedades y en especial, a las comerciales de responsabilidad limitada que se le aplican supletoriamente, según lo dispuesto en el artículo 18, toda vez que la quiebra no es causal de su disolución.<sup>2</sup>

## 2. SUBSISTENCIA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DESPUÉS DE DECLARADA LA QUIEBRA

Guarda relación con esta regla la contenida en el artículo 17, en cuanto a que si bien la quiebra produce la disolución de la empresa, *podrá subsistir como tal con el único adjudicatario como titular*, si así lo declarase con sujeción a las formalidades del artículo 6º, esto es, a las correspondientes para la modificación de las menciones señaladas en la escritura pública de su constitución, incluyéndose en el respectivo extracto el específico que contenga la reforma respectiva.

La expresión adjudicatario que emplea este precepto, se refiere al interesado que adquiera los bienes de la masa y que forman parte del activo de la empresa, lo que habrá de suponer que la junta de acreedores acordare su realización como un conjunto o unidad económica, en pública subasta y al mejor postor, dando cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 124 y siguientes de la Ley Nº 18.175. Denota al mismo tiempo que no obstante su terminación, *subsistiría la personalidad jurídica de la entidad durante la liquidación*, al declarar la ley que el adjudicatario único de la empresa pueda continuar con ella, recurriendo solamente a la modificación de sus estatutos, según los términos señalados. Esta idea se refuerza aplicando además el artículo 18, que le hace extensivas las normas de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, a cuyo respecto no se discute la subsistencia de su personificación después de la disolución. Brota el mismo alcance del inciso final del artículo 15, que dispone que las causales de terminación se establecen tanto en favor del empresario como de sus acreedores, con lo que es, precisamente, durante la etapa de liquidación, cuando sus efectos cobran importancia para cautelar la separación de patrimonios a que da lugar su constitución y que sirve de fundamento a su

<sup>2</sup> Véase en *Cuaderno Judicial Nº 3*, editado por el Instituto de Estudio Judiciales, año 2000, artículo del suscrito sobre: "La Quiebra en General y de las Sociedades en Particular".

regulación. Por lo demás, el artículo 13 de la ley dispuso que en caso de liquidación, los acreedores personales sólo podrán accionar para percibir los beneficios que en la empresa le correspondan y una vez satisfechas las deudas de la empresa, podrán concurrir en el remanente de sus bienes.

### 3. LA EMPRESA INDIVIDUAL NO ES DEUDOR CALIFICADO

Ahora bien, al declarar el artículo 2º que la empresa es siempre comercial y que está sometida al Código de Comercio, cualquiera que sea su objeto, no significa que el tribunal, al pronunciarse sobre su quiebra, deba determinar que es de esa clase de deudores que se denominan calificados y que son aquellos a los cuales la ley somete a un tratamiento que es más severo y riguroso, porque el artículo 41 de la ley Nº 18.175 reputa como tales a los que ejerzan *efectivamente* una actividad económica, sea comercial, industrial, minera o agrícola y siempre que condiga con la que tenían a la fecha en que se contrajo la obligación que justifica la causal invocada, como lo previene el artículo 52, Nº 1 de la misma ley.<sup>3</sup>

Con todo, si realmente el deudor tuviese el carácter de calificado y fuese declarado en quiebra en ese carácter, quedará expuesto al procedimiento de calificación que regula la ley en los artículos 222 y siguientes para el esclarecimiento de su responsabilidad criminal y si resultare ser culpable o fraudulenta la quiebra de la empresa, su titular responderá por las obligaciones de la masa, en forma ilimitada. Sin embargo, no tendría lugar la sanción respecto de un deudor no calificado cuya quiebra se declarase por la causal de fuga u ocultación que establece el artículo 43, Nº 3 de la ley Nº 18.175, porque en ese caso si bien quedará sometido al juicio criminal de calificación por la gravedad de la causal, no podría cometer el delito de quiebra culpable o fraudulenta sino el que le correspondiere a la ilicitud según el Código Penal, de conformidad al artículo 234 de la misma ley, lo que no guardaría relación con el presupuesto considerado por el

<sup>3</sup> Es de interés puntualizar esta aclaración, si se considera que el proyecto original de la ley Nº 18.175 en lugar de referirse al que ejerciera una actividad de las descritas aludía en cambio a la empresa, con lo que se propuso en un comienzo avanzar del concepto del comerciante al del empresario, para distinguir así no entre el comerciante y el no comerciante como lo hacía antes la ley Nº 4.558, dada la repercusión que tiene su cesación de pagos en el entorpecimiento de la circulación de la riqueza y en la perturbación del crédito público, lo que no se cristalizó por el significado impreciso que tiene ante el derecho la palabra empresa.

legislador al consagrar la responsabilidad civil de su titular en la ley N° 19.857.

Ha de tenerse presente, desde luego, que el castigo por la responsabilidad en los delitos de quiebra culpable o fraudulenta se les aplica a los gerentes y administradores de una persona jurídica, como lo serían los factores y representantes de la empresa individual, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41, siempre que en la dirección de los negocios y con conocimiento de su situación hubieren incurrido en conductas constitutivas de insolvencia punible, como lo establece el artículo 232 de la ley N° 18.175.

### III. OBLIGACIONES DE LA EMPRESA Y RESPONSABILIDAD DEL TITULAR

Tiene especial relevancia en lo que mira al ejercicio de la acción concursal, que las obligaciones que la empresa hubiere contraído le conciernan, y se entiende que son tales cuando sean actos de la empresa, con lo que así afectará los bienes de su patrimonio a la responsabilidad en que hubiere incurrido, los que quedarán comprendidos en el desasimio y adscritos, por lo mismo, a la masa del activo de la quiebra, para proveer con el producto de su realización a las deudas del fallido.

De lo establecido en los artículos 8° y 9° de la ley se desprende que procede la responsabilidad de la empresa y, por lo mismo, la obligación le concierne, cuando el acto o contrato del cual provenga la deuda sea ejecutado o celebrado por su administrador, dentro del giro de los negocios comprendidos en su objeto y siempre que actúe bajo el nombre y representación de ella.

Si el que actuare no es su *administrador* o bien, alguien que no tenga poder o que su poder no sea suficiente, no queda la empresa obligada y no habría otra acción contra ella que la derivada de la agencia oficiosa, hasta concurrencia del provecho que hubiere reportado del acto y siempre que exista esa utilidad al tiempo de la demanda, conforme a las reglas generales.

Si la obligación contraída no está *comprendida dentro del giro* de las actividades de la empresa, el artículo 12, en la letra a) hace responsable al titular de pagar esas obligaciones con los propios bienes de su patrimonio personal y en forma ilimitada.

Por último, si el que actúa no diere a conocer que interviene en el acto o contrato *a nombre o en representación de la empresa*, caso en el cual no habría lugar a la acción *«in rem verso»*, el artículo 12, en la

letra b) hizo igualmente responsable de cumplir esas obligaciones al propio titular, ilimitadamente.

Aparte de esta situación, hay otros casos en los cuales la ley estableció la responsabilidad ilimitada del titular. Si en tales casos estuviese declarada, a la vez, la quiebra de la empresa, sin perjuicio de la facultad de los acreedores de hacer valer sus derechos en el concurso, para participar en el reparto de los dividendos, habrán de ejercer en forma independiente las acciones que les correspondan de acuerdo a las reglas generales, para perseguir su efectivo cumplimiento en los bienes del patrimonio del constituyente, hasta su completo pago, debiendo velar el síndico en el caso de la quiebra a la vez del propio titular, por la aplicación de lo dispuesto en los artículos 144, 145 y 146 de la ley de Quiebras.<sup>4</sup>

Asimismo, en el caso de una quiebra simultánea o sucesiva de la empresa y además de su titular, habrán de concurrir en el patrimonio de la empresa declarada en quiebra exclusivamente sus acreedores y en la del titular, intervendrán éstos conjuntamente con los acreedores personales del constituyente, siempre que éste respondiese ilimitadamente de las obligaciones de la empresa.

Por último, ha de tenerse presente que el precepto del artículo 51 de la ley N° 18.175, que es el que hace procedente la quiebra consecuencial de los socios solidarios como resultado de la que se declarase de la sociedad que ellos componen, no tendría como efecto el de arrastrar a la quiebra al titular de la empresa declarada en quiebra cuando respondiere ilimitadamente de las obligaciones de la empresa, por la sencilla razón que dicho precepto tiene asidero respecto de las sociedades colectivas y en comanditas mercantiles y no alcanza a las de responsabilidad limitada comerciales, cuyas son las reglas que se le aplican en lo demás a la E.I.R.L. conforme a los dispuesto en el artículo 18 de la ley que la regula.<sup>5</sup>

#### IV. NULIDAD DEL ACTO CONSTITUTIVO

Para concluir estas reflexiones, queda por considerar que la inobservancia de las formalidades relativas a la constitución de la empre-

<sup>4</sup> Véase publicación del suscrito sobre Codeudores Solidarios, en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXV - N° 1 - 1988, páginas 27 y siguientes.

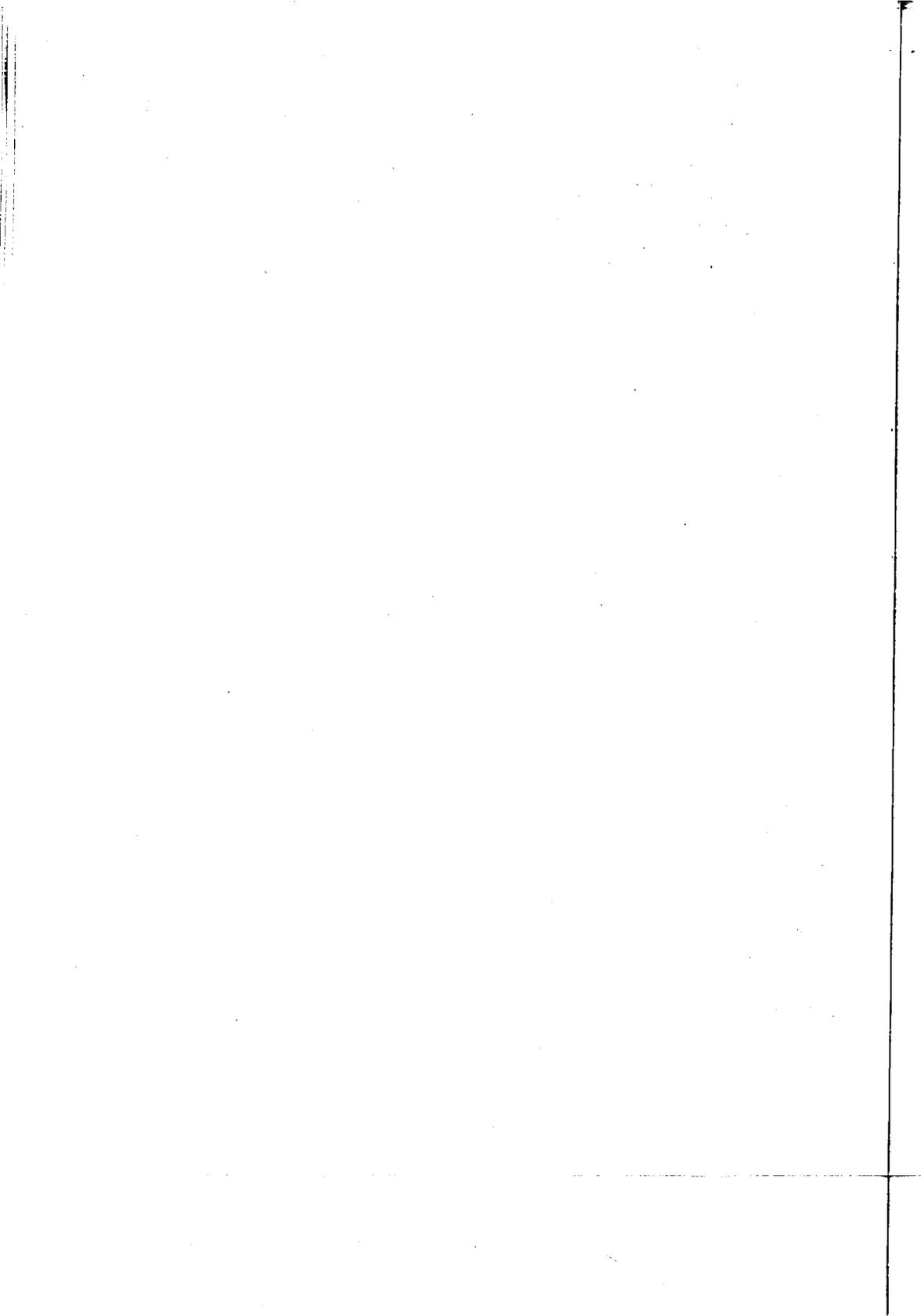
<sup>5</sup> Si bien según el artículo 4° de la ley N° 3.918, a las sociedades de responsabilidad limitada se le aplican las reglas de las colectivas, lo es en relación con lo no previsto en la ley, o sea, entre otras materias, en lo que no sea pertinente a la responsabilidad de los socios que es lo que reguló la ley especialmente.

sa y que se establecen en los artículos 4º, 5º y 6º de la ley, tiene como sanción la de importar la nulidad absoluta del acto constitutivo y de hacer responder personal e ilimitadamente a su titular de las obligaciones contratadas en el giro de la empresa, lo que es sin perjuicio de su saneamiento.

Mientras no sea declarada la respectiva nulidad, habrá de reputarse válida a la empresa y por lo mismo, no tendría cabida la responsabilidad que pudiere corresponderle a su titular, salvo que sea de aquella nulidad que opera de pleno derecho, por aplicación del artículo 3º de la ley 3.918, en relación con el artículo 356 del Código de Comercio, en cuyo caso habrá lugar a esa responsabilidad por la sola omisión de las solemnidades prescritas para su constitución y sin que tenga cabida el respectivo saneamiento.

## V. CONSIDERACIÓN GENERAL

Hasta aquí estas reflexiones generales sobre la quiebra de las empresas individuales de responsabilidad limitada, de cuya regulación se infiere que el legislador al reconocerle personificación a la pequeña empresa en los términos establecidos, con el afán de estimular su desarrollo y limitar los riesgos del negocio que emprendiere al monto del capital aportado por el constituyente, soslayó deliberadamente toda medida que habría resultado inquietante a su estatuto, como lo habría sido haber establecido la quiebra consecencial del titular a la de la empresa o a la inversa, la de ésta a la de aquél, o bien, haber discurrido como resguardo para los terceros la inoponibilidad de los actos o contratos que ejecutare o celebrare la empresa con el constituyente aunque, por lo demás, en el evento de la quiebra de la empresa y en el supuesto de quedar comprendidos dentro del período de cesación de pagos, podrán ser alcanzados con las acciones revocatorias concursales, que tienen la índole de ser de inoponibilidad, siempre que se irrogare un perjuicio para la masa del respectivo acto o contrato.



# EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. EFECTOS SUCESORIOS

GUILLERMO ACUÑA SBOCCIA  
*Magíster en Derecho por la  
Universidad de Southampton (Reino Unido)*  
*Profesor de Derecho Civil  
Universidad de los Andes*

## I. GENERALIDADES

La terminación de la empresa individual de responsabilidad (en adelante, «E.I.R.L.») importa la extinción de la personalidad jurídica nacida con su constitución, de manera que, producida dicha extinción, cesará la responsabilidad limitada del empresario. Ahora bien, salvo en supuestos de declaración de nulidad, dicha terminación, como ocurre con la disolución de las sociedades, no podrá operar con efecto retroactivo, sino por el contrario, sólo para lo futuro.<sup>1</sup> De esta forma, producida la terminación de la E.I.R.L., el empresario o sus sucesores continuarán por regla general gozando del beneficio de la limitación de responsabilidad respecto de las obligaciones contraídas con anterioridad a la terminación. Por su parte, y en contrapartida, dichas obligaciones podrán hacerse efectivas sobre los bienes que pertenecían a la

<sup>1</sup> En forma equivalente opera la disolución o terminación en materia societaria, véase Puelma Accorsi, Alvaro: *Sociedades*, 3ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, Tomo I, página 410. A este respecto, hablamos de «terminación» de la E.I.R.L., en lugar de «disolución», en razón de ser precisamente ése el lenguaje utilizado por el legislador en la Ley N° 19.857 (en adelante, la «Ley de E.I.R.L.»). Sin embargo, considerando que la E.I.R.L. constituye una persona jurídica, creemos que no habría existido obstáculo para hablar de «disolución» en lugar de «terminación». Dicha nomenclatura habría sido a nuestro juicio incluso más adecuada, si se tiene presente que el vocablo «terminación» se suele asociar a la extinción de determinados contratos (i.e. de tracto sucesivo) de los cuales la E.I.R.L. se aleja absolutamente, precisamente por su falta de naturaleza contractual.

E.I.R.L. incluso con preferencia a las obligaciones personales de quien fuera titular de dicha empresa.<sup>2</sup>

De esta forma, resultará de gran importancia determinar con la mayor precisión posible, tanto las circunstancias que pueden determinar la terminación de la E.I.R.L., como la forma en que puede operar dicha terminación y los efectos conexos que eventualmente podrían producirse. Importa en este sentido determinar las causales de terminación de la E.I.R.L., las formalidades de publicidad que exige dicha terminación, las personas que pueden invocar o beneficiarse por dichas causales, los efectos que producirá la muerte del empresario individual tanto respecto de la propia empresa como de sus herederos, entre otros aspectos.

El presente trabajo tiene por objeto detenerse precisamente en tales aspectos, y analizar las soluciones que al efecto establece la Ley N° 19.857 (en adelante la «Ley de E.I.R.L.» o la «Ley»), las que, como se comprobará a lo largo del presente trabajo, distan mucho de la claridad y precisión que hubiese sido deseable para el tratamiento de estas materias.

## II. LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

### 1. TAXATIVIDAD DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

A las causales de terminación de la E.I.R.L. se refiere el artículo 15 de la Ley. En este sentido, el inciso primero de dicho artículo señala:

«La empresa individual de responsabilidad limitada terminará:

- a) por voluntad del empresario;
- b) por la llegada del plazo previsto en el acto constitutivo;
- c) por el aporte del capital de la empresa individual a una sociedad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16;
- d) por quiebra, o
- e) por la muerte del titular. Los herederos podrán designar un gerente común para la continuación del giro de la empresa hasta por el plazo de un año, al cabo del cual terminará la responsabilidad limitada.»

Cabe señalar que las circunstancias anteriores son las únicas causales de terminación que la Ley expresamente contempla. En este sentido,

<sup>2</sup> Véase a este respecto el artículo 13 de la Ley de E.I.R.L.

una primera pregunta es si tales causales son taxativas o si por el contrario son meramente enunciativas, en términos de ser posible aplicar al instituto otras causales de terminación diversas de las señaladas, ya sea en virtud de las disposiciones del propio acto constitutivo o de la ley. Así, cabe preguntarse si causales de disolución aplicables normalmente en materia societaria, como son, por ejemplo, el evento de una condición, la finalización del negocio para el que fue constituida la sociedad o la extinción del objeto o giro de la empresa, pueden o no ser aplicables a la E.I.R.L.<sup>3</sup>

A este respecto, cabe tener presente que el artículo 18 de la Ley de E.I.R.L. consagra la aplicación supletoria de la normativa propia de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, en cuanto establece que «en lo demás, se aplicarán a la empresa individual de responsabilidad limitada, las disposiciones legales y tributarias, aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada». Lo anterior podría conducir a entender que las causales de disolución de dicha clase de sociedades, contempladas principalmente en el Código Civil, serían también aplicables a la terminación de la E.I.R.L.

Nuestra opinión es, sin embargo, que las causales de disolución de la E.I.R.L. son taxativas, de manera tal que dicha empresa sólo puede terminar por aplicación de alguna de las causales contempladas en el artículo 15 de la Ley.

La conclusión anterior se fundamenta, en primer lugar, en el texto mismo del citado artículo, cuando en su inicio señala simplemente que la E.I.R.L. «terminará» por las causales que ahí se enumeran, sin agregar expresión alguna que demuestre un carácter meramente enunciativo (como lo serían expresiones tales como «especialmente» o «entre otros casos»).

Por otro lado, el citado artículo 18 de la Ley de E.I.R.L. establece que «en lo demás» se aplicarán a las E.I.R.L., las disposiciones legales aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, lo que entendemos significa que tales disposiciones se aplican sólo en lo no previsto, o lo no regulado, por la Ley de E.I.R.L., y resulta

<sup>3</sup> Para un estudio de estas y otras causales en materia de sociedades colectivas y de responsabilidad limitada véase Sandoval López, Ricardo: *Derecho Comercial*, Tomo I, Vol. 2, 5ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 63 y; Puelma Accorsi, Alvaro: *Curso Práctico sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, páginas 127 y siguientes. Las causales de disolución referidas corresponden principalmente a aquellas que contemplan los artículos 2.098 y siguientes del Código Civil, aplicables supletoriamente tanto a las sociedades colectivas comerciales como a las sociedades de responsabilidad limitada en razón de lo dispuesto por los artículos 2º del Código de Comercio y 4º de la Ley Nº 3.918, respectivamente.

que el tema de las causales de terminación constituye una materia expresamente regulada por dicha ley.

Por otro lado, si tenemos presente que la institución de la limitación de responsabilidad de la empresa individual es una figura de carácter excepcional, que requirió una autorización legislativa expresa para su establecimiento, cabe también concluir que las disposiciones de la ley en comento deben considerarse de carácter imperativo, salvo en aquello en que la misma Ley disponga expresamente lo contrario, de manera tal que no resulta posible al empresario individual establecer modalidades, condiciones o causales de terminación distintas de las señaladas por la Ley.

Por último, la historia del establecimiento de la ley refuerza en parte esta conclusión. En efecto, el proyecto original aprobado por el Senado contemplaba también, como causal de terminación de la E.I.R.L., «el cumplimiento de su objeto», causal que resulta equivalente a la «finalización del negocio» contemplada para la sociedad en el artículo 2.099 del Código Civil. Pues bien, dicha causal fue expresamente eliminada del proyecto por la Cámara de Diputados, lo que refuerza la idea de que la intención del legislador fue aprobar e incluir en el texto legal todas las causales de terminación aplicables.<sup>4</sup> En este sentido, la eliminación de la señalada causal por la Cámara de Diputados habría sido absolutamente inoficiosa si se pudiese aplicar en forma subsidiaria la norma del artículo 2.099 del Código Civil.

## 2. ANÁLISIS DE LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

A continuación analizaremos con cierto detalle cada una de las causales de terminación contempladas en el artículo 15 de la Ley de E.I.R.L.

### a) Terminación por voluntad del empresario

De acuerdo con la letra a) del inciso primero del artículo 15 de la Ley, la E.I.R.L. termina «por voluntad del empresario». Como señala

<sup>4</sup> Así consta en las actas de la discusión y aprobación del proyecto por la Comisión Especial sobre la Pequeña y Mediana Empresa (Pymes), al interior de la cual se formuló una indicación expresa para eliminar dicha causal, lo que fuera aprobado por dicha comisión y, más tarde, por la sala de la Cámara de Diputados (Actas de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesión 9ª, de 17 de octubre de 2002).

GONZÁLEZ, esta expresión de voluntad del empresario constituyente importa una modificación a aquella voluntad expresada en el acto constitutivo de la E.I.R.L., en el sentido de dar por terminada la limitación de responsabilidad y, en consecuencia, la distinción entre el patrimonio individual y el empresarial.<sup>5</sup>

En nuestra opinión, esta causal de terminación puede operar no sólo respecto de una E.I.R.L. de duración indefinida, sino también respecto de una E.I.R.L. de plazo fijo, y no obstante encontrarse dicho plazo aun pendiente. Es decir, el empresario es libre para poner término a la empresa aún en forma anticipada, sin necesidad de esperar el vencimiento del plazo previsto originalmente para su duración. Ello por cuanto la Ley de E.I.R.L. otorga libertad al empresario para modificar, por un acto posterior, cualquiera de las menciones señaladas en el artículo 4º, entre las que precisamente se cuentan las relativas a la duración de la empresa.<sup>6</sup>

Ahora bien, el acto de terminación voluntaria de la E.I.R.L. es esencialmente solemne, ya que para producir efectos legales debe cumplir con las formalidades que establece el mismo artículo 15 en su inciso penúltimo, en concordancia con el artículo 6 de la Ley. Es decir, debe declararse dicha voluntad por escritura pública, la que debe inscribirse en el Registro de Comercio respectivo y publicarse por una vez en el Diario Oficial, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la escritura. Se trata de formalidades por vía de solemnidad, de manera tal que la omisión de cualquiera de ellas acarrea la nulidad de la manifestación de voluntad, sin perjuicio del saneamiento en virtud de la ley.<sup>7</sup>

#### b) Terminación por la llegada del plazo previsto en el acto constitutivo

Esta causal la contempla la letra b) del inciso primero del artículo 15, según la cual la E.I.R.L. terminará «por la llegada del plazo previsto en el acto constitutivo».

Nótese a este respecto que, a diferencia de lo que establece para las sociedades el artículo 2.098 del Código Civil, la disposición citada sólo se refiere a la llegada del plazo, y no al evento de una condición, que

<sup>5</sup> González Castillo, Joel, *Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. Análisis de la Ley N° 19.857*, LexisNexis, Santiago, 2003, página 101.

<sup>6</sup> En sentido similar, González Castillo, ob. cit., página 101.

<sup>7</sup> Véase artículo 7º de la Ley, en concordancia con el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

puede haberse fijado en el acto fundacional. Por lo anterior, y en razón del carácter taxativo que creemos tiene el citado artículo 15, no es posible en nuestro concepto establecer una condición de la cual penda la terminación de la empresa, siendo por lo tanto el plazo la única modalidad posible de establecer.<sup>8</sup>

Por otra parte, en opinión de Sandoval, esta causal de terminación sólo podría operar cuando el plazo se ha establecido en la escritura fundacional o acto constitutivo, porque en silencio de esta enunciación se entiende que la E.I.R.L es de duración indefinida.<sup>9</sup> Creemos sin embargo, que el hecho de que la disposición se refiera al «*plazo previsto en el acto constitutivo*» no obsta en absoluto a que dicho plazo sea el que aparezca en una escritura pública posterior, por la cual, precisamente, se modifique la duración señalada en el acto constitutivo, debiendo cumplirse desde luego con las formalidades propias de toda modificación. Si resulta posible al empresario poner término anticipado a la empresa individual, o prorrogar un plazo ya existente, del mismo modo podría aquél modificar el plazo de duración original, ya sea para establecer un plazo fijo a una empresa que en principio tenía duración indefinida o para disminuir el plazo fijado inicialmente. La historia de la ley refuerza esta conclusión, por cuanto la norma en comento se refería originalmente a la llegada del plazo previsto «en el estatuto», expresión que fue reemplazada por «acto constitutivo» no con la intención de establecer que el plazo necesariamente debía fijarse en el acto original, sino que simplemente en razón de haberse eliminado el requisito de que en la escritura pública de constitución constara el «estatuto de la empresa».<sup>10</sup>

En cuanto a las formalidades a que se encuentra afecta esta causal de terminación, resultaría lógico pensar que, constando el plazo en el mismo acto de constitución de la E.I.R.L., la terminación de la entidad se produciría de pleno derecho, desde el momento mismo del vencimiento del plazo, tanto respecto del empresario constituyente como respecto de terceros.

Con todo, esta conclusión no resulta del todo clara, si se tiene presente la norma del inciso segundo del mismo artículo 15, al señalar que «cualquiera que sea la causa de la terminación, ésta deberá declararse por escritura pública, inscribirse y publicarse con arreglo al artículo 6º».

<sup>8</sup> Sobre el carácter taxativo del artículo 15 de la Ley, véase párrafo 1 de este mismo capítulo.

<sup>9</sup> Sandoval Lopez, Ricardo: «Comentarios sobre la Ley Nº 19.857 sobre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada», en *Gaceta Jurídica* Nº 274, página 28.

<sup>10</sup> *Actas de Sesiones de la Cámara de Diputados*, Sesión 22ª, de 19 de noviembre de 2002.

Creemos sin embargo que, no obstante el tenor de la disposición, la disolución de la E.I.R.L. siempre operará de pleno derecho, desde el momento mismo del vencimiento del plazo. Ello se encuentra reforzado por el mismo artículo 15, cuando señala que la empresa terminará «*por la llegada*» del plazo previsto. Ahora bien, si parece lógico concluir que la omisión de la declaración, su inscripción y publicación, no obsta a la terminación de la empresa individual cuando el plazo ya se ha extinguido, cabe preguntarse qué sanción acarrea dicho incumplimiento formal.

Para GONZÁLEZ, en el caso en comento las formalidades señaladas sólo tienen el carácter de medidas o formalidades de publicidad, pues la E.I.R.L. termina por el solo hecho de la llegada del plazo. Por lo tanto, continúa el mismo autor, su incumplimiento no implica nulidad sino la inoponibilidad de la causal de terminación frente a terceros.<sup>11</sup> No concordamos con esta conclusión. En nuestra opinión, ciertamente resulta claro que la sanción por falta de cumplimiento de las señaladas formalidades no puede ser la nulidad de la terminación, por cuanto ésta se produjo por el mero vencimiento de un plazo y no, como ocurre en la causal anterior, por un acto o manifestación de voluntad. Con todo, pensamos que la sanción tampoco podría ser la inoponibilidad de la terminación, por cuanto dicha sanción, de carácter excepcional, debe ser establecida expresamente por la ley, lo que no ocurre en la especie. Por lo demás, los terceros siempre tuvieron ocasión de conocer la terminación de la empresa, incluso anticipadamente, desde el momento en que el plazo constaba en el acto constitutivo, inscrito y publicado en conformidad a la ley. En nuestra opinión, la medida de publicidad en comento, en el caso de esta causal, resulta equivalente a aquella que para las sociedades anónimas contempla el artículo 108 de la Ley N° 18.046, y la sanción por su omisión, como en el caso de ese mismo artículo, no puede ser otra que hacer responsable ilimitadamente al empresario por el daño y perjuicios que causare con motivo de ese incumplimiento.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> González Castillo, ob. cit., página 100.

<sup>12</sup> El inciso primero del artículo 108 de la Ley N° 18.046 dispone: «Cuando la disolución se produzca por vencimiento del término de la sociedad, por reunión de todas las acciones en una sola mano, o por cualquiera causal contemplada en el estatuto, el directorio consignará estos hechos por escritura pública dentro del plazo de treinta días de producidos y un extracto de ella será inscrito y publicado en la forma prevista en el artículo 5°». En tanto, el inciso final de esa misma disposición señala: «La falta de cumplimiento de las exigencias establecidas en los incisos anteriores hará solidariamente responsables a los directores de la sociedad por el daño y perjuicios que se causaren con motivo de ese incumplimiento».

c) Terminación por el aporte del patrimonio de la E.I.R.L. a una sociedad

De acuerdo a la letra c) del artículo 15 de la Ley, la E.I.R.L. también terminará «por el aporte del capital de la empresa individual a una sociedad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16».

La situación prevista en esta causal supone la fusión o integración total de la E.I.R.L. con una sociedad determinada, operación por la cual la totalidad del patrimonio de la empresa individual, con todos sus activos y pasivos, son transferidos a la sociedad de que se trate, pasando esta última a suceder a la primera para todos los efectos legales. Esta figura, que supone la cesión global del activo y pasivo de una persona jurídica a otra, ha sido tradicionalmente vista por la doctrina comparada como una causa concreta de disolución sin proceso de liquidación.<sup>13</sup> En efecto, la liquidación, entendida como un procedimiento de extinción del pasivo y distribución del activo de la persona jurídica disuelta, no se produciría en este caso, por el hecho de suceder la sociedad absorbente en todos los derechos y obligaciones del ente disuelto.

Esta situación de sucesión global del activo y pasivo de la E.I.R.L. se encuentra expresamente reconocida en el artículo 16 de la Ley. En efecto, dicho artículo establece lo siguiente:

«Artículo 16. En el caso previsto en la letra c) del artículo anterior, la sociedad responderá de todas las obligaciones contraídas por la empresa en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8º, a menos que el titular de ésta declare, con las formalidades establecidas en el inciso segundo del artículo anterior, asumirlas con su propio patrimonio».

Este artículo, aparentemente simple en su redacción, reviste a nuestro juicio una serie de complejidades en su aplicación práctica, fundamentalmente en lo que se refiere a los derechos de los acreedores de la E.I.R.L. por obligaciones contraídas antes de la terminación de ésta. Para analizar esta materia distinguiremos, por un lado, el caso en que la sociedad a la cual se aporta el patrimonio de la E.I.R.L. pasa a responder de todas las obligaciones de ésta y, por otro lado, aquella situación en que dicha responsabilidad la asume el titular de la empresa individual con su propio patrimonio.

<sup>13</sup> Carbajo Cascón, Fernando, *La Sociedad de Capital Unipersonal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 529. Esta idea aparece reconocida en nuestra legislación en el artículo 99 de la Ley Nº 18.046, cuando señala que en el evento de una fusión por incorporación, en que una o más sociedades que se disuelven son absorbidas por una sociedad ya existente, «no procederá la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas».

(i) Caso en que la sociedad absorbente responderá de todas las obligaciones contraídas por la E.I.R.L. dentro de su giro. Ésta es la situación que por regla general se producirá en el caso en comento, y que concuerda perfectamente con lo que sucede en cualquier supuesto de fusión o absorción de sociedades en nuestro derecho. Los acreedores de la E.I.R.L. podrán perseguir sus acreencias sobre todo el patrimonio de la sociedad «absorbente». En contrapartida, los acreedores de la sociedad absorbente podrán también perseguir sus créditos no sólo en los bienes que pertenecían originalmente al patrimonio de la sociedad, sino también en aquellos que pertenecían a la E.I.R.L. y que se integran al patrimonio de aquélla producto de la absorción. En otras palabras, la confusión de patrimonios es total o absoluta, sin que ni los acreedores originales de la E.I.R.L. ni los de la sociedad absorbente, puedan invocar forma alguna de preferencia. De esta forma, por ejemplo, los acreedores valistas de la persona jurídica de mejor situación financiera antes del aporte o absorción (sea ésta la E.I.R.L. o la sociedad absorbente), se verán desmembrados en sus derechos, al cambiar en su perjuicio la relación entre los activos y pasivos de su deudor. Con todo, debemos reconocer que esta situación no es nueva en nuestro derecho, ya que nuestra legislación no ha establecido ninguna protección especial a los acreedores para casos de fusión societaria.<sup>14</sup> En consecuencia, sólo quedarían a disposición de los acreedores perjudicados por la operación respectiva las acciones contempladas en la legislación general, tales como la acción de nulidad, la acción pauliana y las acciones revocatorias concursales.

(ii) Caso en que la sociedad absorbente no responderá de las obligaciones contraídas por la E.I.R.L., al hacerse cargo de éstas el empresario titular en forma personal. Esta situación es desde luego excepcional, y a ella se refiere el mismo artículo 16 de la Ley, cuando luego de señalar, como regla general, que la sociedad absorbente responderá de todas las obligaciones contraídas por la empresa individual, señala que ello rige «a menos que el titular de ésta declare, con las formalidades establecidas en el inciso segundo del artículo anterior, asumirlas con su propio patrimonio». La solución que adopta el legislador en este caso nos parece abiertamente criticable, tanto desde un punto de vista jurídico como práctico. En efecto, la solución nos parece criticable desde un punto de vista jurídico,

<sup>14</sup> Puelma Accorsi, Álvaro, *Sociedades*, 3ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, Tomo I, pág. 217.

porque atenta contra la regla de la garantía general de los acreedores contemplada en el artículo 2.468 del Código Civil. En efecto, la norma en el fondo permite que por la sola declaración de voluntad del titular de la empresa individual, se pueda derechamente «reemplazar» el patrimonio en el cual los acreedores de ésta pueden hacer efectivos sus créditos. Ello por cuanto, en virtud de la comentada declaración, los acreedores de la empresa individual, que antes podían perseguir los bienes de ésta, ya no podrán hacerlo, y sólo tendrán acción en lo sucesivo contra los bienes personales del empresario. En otras palabras, el patrimonio que tuvo en vista el acreedor al contratar, puede ser «reemplazado» unilateralmente por el deudor, mediante el aporte de dicho patrimonio a una sociedad, con declaración de hacerse cargo el empresario de las deudas respectivas en forma personal. Distinta es la situación comentada en la letra anterior, pues en tal caso el acreedor conserva la posibilidad de perseguir los bienes que pertenecían a la empresa individual, confundidos, eso sí, con los bienes y deudas de la sociedad absorbente. En el caso de esta letra en cambio, dicha posibilidad desaparece, ya que el acreedor de la empresa individual podrá perseguir, exclusivamente, los bienes personales del empresario titular. Desde un punto de vista práctico, la norma en comento puede provocar un claro perjuicio a los acreedores de la empresa individual, como sucedería si un empresario personalmente insolvente aporta el patrimonio de una E.I.R.L. solvente a una sociedad determinada, haciéndose cargo personalmente de las deudas de la primera. Los acreedores señalados ya no podrán perseguir bienes de la empresa individual solvente, debiendo contentarse con aquéllos pertenecientes al empresario individual, sin que la ley les conceda protección especial de ningún tipo, pudiendo recurrir sólo a las acciones revocatorias contempladas en la normativa general.<sup>15</sup>

Por último, en cuanto a las formalidades a que se encuentra afecta esta causal de terminación, digamos que se requerirá, en primer lugar, de una declaración del titular de dicho ente manifestando su voluntad de «aportar» el total del activo y pasivo de la empresa individual a una sociedad determinada, declaración que debe ser efectuada por escritura pública, inscrita y publicada con arreglo al artículo 6º de la Ley.<sup>16</sup> Por su parte, se requerirá también cumplir con las formalidades que resulten

---

<sup>15</sup> Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones penales que, para el caso del otorgamiento de contratos simulados, contempla el N° 2 del artículo 471 del Código Penal, las que son aumentadas en un grado si el delito fuere cometido por el titular de una E.I.R.L., de acuerdo a lo que establece el artículo 10 de la Ley.

<sup>16</sup> Artículo 15, inciso segundo.

necesarias, de acuerdo al tipo social de que se trate, para efectuar la incorporación del patrimonio de la E.I.R.L. a la sociedad respectiva. De esta forma, deberá aprobarse por los accionistas o socios de la sociedad absorbente la valoración del patrimonio de la E.I.R.L. que se aporta, y la repartición de acciones o derechos de la sociedad absorbente a favor del titular de la E.I.R.L. que se disuelve producto del aporte. Si la sociedad absorbente es una sociedad de personas, se requerirá del acuerdo unánime de los socios de ésta, y tratándose de una sociedad anónima, se requerirá de la aprobación de una junta extraordinaria de accionistas, celebrada con las formalidades que al efecto señala la ley. En todo caso, junto con aprobar la valoración del patrimonio de la E.I.R.L., deberá también aprobarse una modificación de los estatutos de la sociedad absorbente aumentando el capital de ésta, aumento que se enterará, precisamente, con el aporte del total del activo y pasivo de la E.I.R.L.<sup>17</sup>

Cabe señalar que las formalidades anteriores deben considerarse como solemnidades legales aplicables a los actos respectivos, de manera que la omisión de cualquiera de ellas produciría la nulidad absoluta del acto, sin perjuicio del saneamiento de eventuales vicios de forma en conformidad a la Ley.<sup>18</sup>

#### d) Terminación por quiebra

De acuerdo al artículo 15 letra d) de la Ley, la E.I.R.L. también terminará «por quiebra», causal que, como veremos, presenta diversos problemas a la hora de precisar su sentido y alcance, al punto que un autor ha llegado incluso a atribuir la incorporación del citado texto a un error jurídico del legislador.<sup>19</sup>

Lo cierto es que el legislador se ha limitado a señalar que la E.I.R.L. también terminará «por quiebra», pero sin precisar si se está refiriendo con ello a la quiebra de la E.I.R.L., a la de su titular o, incluso, a la de

<sup>17</sup> Puelma Accorsi, Álvaro: *Sociedades*, ob. cit., pág. 210. Tratándose del aporte del patrimonio de una E.I.R.L. a una sociedad colectiva comercial o de responsabilidad limitada, creemos que no existe inconveniente alguno para que la declaración que exige el inciso segundo del artículo 15 de la Ley se cumpla en la misma escritura en la que los socios de la sociedad respectiva aprueben la valorización del aporte y el aumento de capital correspondiente, escritura a la cual, desde luego, deberá concurrir el empresario individual aportante. Un extracto de dicha escritura pública se inscribirá en el Registro de Comercio y publicará en el Diario Oficial, cumpliendo de esta forma, de manera conjunta, con las solemnidades exigidas tanto por el artículo 15 de la Ley como por el artículo 350 del Código de Comercio.

<sup>18</sup> Véase artículo 18 de la Ley de E.I.R.L., que hace aplicable a éstas las normas de la Ley Nº 19.499, sobre saneamiento de vicios nulidad de sociedades.

<sup>19</sup> González Castillo, ob. cit., pág. 102.

cualquiera de ellos, y sin precisar si acaso esta causal debería operar de pleno derecho en virtud de la mera declaratoria de quiebra o si, por el contrario, la quiebra sólo constituye una circunstancia que habilita a pedir judicialmente que se declare terminada la empresa individual.

No obstante ser diversos los problemas que presenta esta causal, el debate legislativo a su respecto fue prácticamente inexistente, por lo cual son escasos los criterios de interpretación que, a este respecto, entrega la historia del establecimiento de la Ley. Por lo anterior, sólo nos queda analizar esta causal recurriendo en parte, para una interpretación analógica, a los principios y reglas generalmente reconocidos en materia societaria.

Como primera afirmación, creemos que la sola declaración de quiebra de la E.I.R.L. no produce la terminación de ésta. En primer lugar, así se ha concluido por la mayoría de la doctrina en materia societaria.<sup>20</sup> Como señala un autor español, la quiebra nunca determina por sí misma la disolución de la sociedad, más aún, la quiebra puede declararse tanto respecto de una sociedad vigente como de una sociedad ya disuelta y que se encuentre en período de liquidación.<sup>21</sup> Resulta en este punto necesario diferenciar claramente los conceptos de *liquidación concursal*, que tiene lugar respecto de una sociedad declarada en quiebra, sea que ésta se encuentre disuelta o no, y que se realiza con el preciso fin de satisfacer a sus acreedores en forma universal, de la *liquidación societaria*, que se produce únicamente respecto de una sociedad disuelta, con el fin de extinguir definitivamente sus relaciones jurídicas. Por otro lado, si se concluye que la sola declaración de quiebra de la E.I.R.L. pone término a ésta, serían diversos los problemas que se derivarían en caso de producirse el alzamiento de dicha quiebra por convenio o cualquier otra causa.

Sin perjuicio de lo anterior, la propia Ley de E.I.R.L. otorga un argumento de texto para concluir que la quiebra de la E.I.R.L. no pone término *per se* a esta entidad. Como destaca un autor, el artículo 17 de la misma Ley contraviene claramente la idea de que la quiebra de la E.I.R.L. pone término a ésta, cuando establece que, en caso de quiebra, «*el adjudicatario único de la empresa podrá continuar con ella, en cuanto titular, para lo cual así deberá declararlo con sujeción a las formalidades del artículo 6º*»<sup>22</sup>. En otras palabras, el legisla-

<sup>20</sup> Sandoval Lopez, Ricardo, *Derecho Comercial*, ob. cit., página 65 y Puelma Accorsi, Álvaro, *Sociedades*, ob. cit., página 424.

<sup>21</sup> Carbajo Cascón, Fernando, ob. cit., página 538.

<sup>22</sup> Sandoval Lopez, Ricardo, «Comentarios sobre la Ley N° 19.857...», ob. cit., página 28.

dor dispone, para el caso de quiebra, la supervivencia de la personalidad jurídica de la E.I.R.L., a fin de permitir a quien se adjudique ésta como unidad económica continuar con ella hacia lo futuro, debiendo el adjudicatario declarar su voluntad con sujeción a las formalidades del artículo 6º.

Descartamos de esta forma que la declaración de quiebra de la E.I.R.L. ponga término a ésta de pleno derecho. Declarada en quiebra la empresa, su personalidad jurídica continúa, para todos los efectos legales, lo que justifica que la entidad pueda, por ejemplo, celebrar convenios para poner fin a dicha quiebra o, incluso, que sea posible proceder a la venta de ésta como unidad económica, incluyendo su personalidad jurídica, según se señaló.

Siendo así, ¿Qué significado o alcance debe darse a la causal «*por quiebra*» del artículo 15 de la Ley? Una alternativa de interpretación, reconociendo la total falta de claridad y precisión del señalado texto, podría ser el concluir que la norma se refiere más bien a la declaración de quiebra del empresario titular de la E.I.R.L. Para afirmar lo anterior se podría recurrir a lo dispuesto por el artículo 2.106 del Código Civil, en cuya virtud la doctrina en general estima que, tratándose de sociedades de personas, la quiebra de uno de los socios produce la disolución de la sociedad, lo que se justifica porque la quiebra de un socio, producto del desasimiento, priva a éste de la facultad de administrar su patrimonio.<sup>23</sup> En una interpretación analógica podría aplicarse la misma solución a la E.I.R.L., por cuanto la administración de ella corresponde precisamente al titular de la empresa, quien se verá en consecuencia impedido de ejercerla al ser declarada su quiebra personal.

Reconocemos que la oscuridad de esta norma no hace en absoluto fácil lograr una satisfactoria interpretación. En definitiva, será necesario esperar a que sean nuestros tribunales los que, aplicando la norma al caso concreto, determinen el sentido y alcance de la disposición.

#### e) Terminación por muerte del titular

De acuerdo a lo señalado por la letra e) del artículo 15 de la Ley, la E.I.R.L. también terminará «por la muerte del titular. Los herederos po-

<sup>23</sup> Puelma Accorsi, Álvaro, *Curso de Derecho de Quiebras*, 3ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983, páginas 101 y siguientes. La misma solución, por ejemplo, aparece consagrada en el derecho español, en virtud del artículo 222, inciso 3º del Código de Comercio, Bóquer, Matarredona, J., *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*, Civitas, Madrid, 1996, página 165.

drán designar un gerente común para la continuación del giro de la empresa hasta por el plazo de un año, al cabo del cual terminará la responsabilidad limitada».

La estrecha relación que existe entre la E.I.R.L. y el titular de ésta, ha llevado al legislador a considerar como causal de terminación la muerte de su titular. De esta forma, producida la muerte del empresario, cualquier heredero tendrá derecho para declarar la terminación, para lo cual se deberá otorgar la correspondiente escritura pública, que deberá ser inscrita y publicada en los términos del artículo 6º de la Ley. Lo anterior nos lleva a concluir que la muerte no produce de pleno derecho la terminación de la E.I.R.L., sino que, por el contrario, ésta sólo se producirá por la declaración que al efecto efectúe cualquiera de los herederos.<sup>24</sup>

Reafirma la conclusión anterior lo señalado en el mismo artículo 15, cuando otorga a los herederos la facultad de continuar con el giro de la empresa, manteniendo el beneficio de la responsabilidad limitada, por la vía de designar un gerente común encargado de la administración, el que entendemos debe designarse de consuno por la totalidad de los herederos. Ello puede mantenerse hasta por el plazo de un año, vencido el cual *«terminará la responsabilidad limitada»*.

Entendemos que la posibilidad de continuar con el giro de la E.I.R.L., manteniéndose el beneficio de la responsabilidad limitada, supone que la entidad también conserva, durante el señalado plazo, su personalidad jurídica. Por su parte, entendemos que a falta de una regla diversa, el señalado plazo de un año debe necesariamente contarse desde el momento mismo de la muerte del titular. Cabe señalar que el solo hecho de la designación por parte de los herederos de un gerente común para la continuación del giro de la empresa, impedirá a aquéllos declarar terminada la empresa individual, a lo menos durante el señalado plazo de un año, vencido el cual, junto con cesar la responsabilidad limitada, renace del derecho de cualquier heredero para declarar la terminación, cumpliendo al efecto con las mismas formalidades ya señaladas. Entendemos, en todo caso, que lo anterior es sin perjuicio del derecho de los herederos para declarar de consuno, en cualquier momento, la terminación definitiva de la empresa individual.

<sup>24</sup> En sentido similar, Sandoval López, Ricardo, «Comentarios sobre la Ley N° 19.857...», ob. cit., página 29.

Así, producida la continuación del giro de la empresa mediante la designación de un gerente común, los herederos dispondrán del plazo de un año para decidir si dan por terminada definitivamente la empresa, y proceden a su liquidación, o si le dan continuidad bajo una nueva forma societaria.<sup>25</sup> Si nada dicen dentro de dicho plazo, deberán atenerse al efecto del término de la limitación de responsabilidad, pasando a responder cada heredero de las obligaciones de la E.I.R.L. en forma ilimitada y a prorrata de su respectiva cuota en la herencia, sin perjuicio del beneficio de inventario que al efecto pueda operar.

Respecto de la situación de los acreedores de la E.I.R.L. *vis a vis* los acreedores personales del difunto y de los herederos, somos de la opinión que, en caso de terminación por esta causal, debe aplicarse en beneficio de los acreedores de la empresa individual la regla del artículo 13 de la Ley.<sup>26</sup> De esta forma, los acreedores personales, tanto del difunto como de los herederos, sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan a su titular, pudiendo accionar sobre el remanente sólo una vez satisfechos los acreedores de la empresa. Lo anterior no es sino consecuencia de considerarse a los herederos como los continuadores de la persona del difunto, siendo aplicables a su respecto, de manera general, las limitaciones y restricciones que afectaban al causante y a sus acreedores personales, según se infiere del artículo 1.097 del Código Civil.<sup>27</sup> En contrapartida, y salvo el supuesto de expiración del plazo de un año analizado en el párrafo precedente, los herederos del difunto tendrán limitada su responsabilidad por las deudas de la E.I.R.L., en la forma señalada en el artículo 8 de la Ley.

Por su parte, con la terminación y liquidación de la E.I.R.L., e idealmente una vez que hayan sido debidamente satisfechos los acreedores de la empresa individual, el remanente de los bienes de ésta se deberá distribuir entre los sucesores por causa de muerte en conformidad a las reglas generales. Esta afirmación se ve confirmada por el inciso segundo del artículo 15, cuando señala que «valdrán los legados que el titular hubiere señalado sobre los derechos o bienes singulares

<sup>25</sup> González Castillo, ob. cit., página 102.

<sup>26</sup> El citado artículo 13 de la Ley señala: «Artículo 13. Los acreedores personales del titular no tendrán acción sobre los bienes de la empresa. En caso de liquidación, tales acreedores sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de la empresa».

<sup>27</sup> Somarrivá Uñdurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, versión de René Abelik M., 5ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, página 27.

de la empresa, los que no serán afectados por la continuación de ésta, y se sujetarán a las normas del derecho común».

Con todo, la norma citada resulta difícil de interpretar en su texto, principalmente cuando señala que los legados efectuados con cargo a bienes de la empresa individual «no serán afectados por la continuación (del giro) de ésta». Resulta claro, según se señaló, que tales legados sólo se podrán pagar en la medida en que en el patrimonio de la E.I.R.L. hayan existido bienes suficientes para pagar las deudas contraídas por ésta con anterioridad al fallecimiento de su titular.<sup>28</sup> Sin embargo, respecto de las obligaciones contraídas por la E.I.R.L. con posterioridad al fallecimiento del difunto, es decir, durante la «continuación» de su giro, la norma parece indicar que los acreedores de dichas obligaciones no podrán perseguir los bienes que fueron objeto de los respectivos legados. El objetivo de la norma parece ser proteger a los legatarios respectivos de los actos de disminución de patrimonio que, ejecutados con posterioridad a la apertura de la sucesión, podrían perjudicar el cumplimiento de sus legados. Resulta sin embargo poco clara la situación de estos acreedores «posteriores», ya que ellos podrían perfectamente desconocer la existencia de legados que, en los hechos, habrán disminuido el patrimonio de la entidad con la cual contratan, al afectar bienes que en apariencia forman parte de su patrimonio.

### 3. LAS CAUSALES DE TERMINACIÓN BENEFICIAN TANTO AL TITULAR DE LA EMPRESA INDIVIDUAL COMO A SUS ACREEDORES

Para terminar con lo relativo a las causales de terminación de la E.I.R.L. señalemos que de acuerdo a lo indicado en el inciso final del artículo 15, «*las causales de terminación se establecen tanto a favor del empresario como de sus acreedores*». De esta forma, tales causas de terminación, con las consecuencias que de ellas se deriven, podrán ser invocadas tanto por el titular de la empresa, lo que incluye desde luego a los herederos de éste, como por sus acreedores.

<sup>28</sup> Para concluir lo anterior, basta con tener presente el orden de prelación que para, el pago de los legados, establece el artículo 1.374 del Código Civil.

### III. LA LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

#### 1. NORMATIVA APLICABLE A LA LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

La liquidación de la E.I.R.L. supone, en términos generales, un conjunto de operaciones administrativas y de disposición destinadas a extinguir definitivamente las relaciones jurídicas de ésta, tanto en lo que se refiere a la extinción de su pasivo como a la enajenación o distribución de su activo.

A este respecto, señalemos en primer lugar que la Ley de E.I.R.L. no contiene normas relativas a la liquidación de la empresa individual.<sup>29</sup>

Con relación a este tema, cabe señalar que el proyecto aprobado por el Senado en primer trámite constitucional, se refería expresamente a esta materia en su artículo 22. En efecto, de acuerdo a dicho artículo, la liquidación de la empresa podía hacerse por el empresario, por un liquidador designado por la justicia ordinaria en caso de muerte del titular o si lo solicitan al menos tres acreedores de la empresa o, en caso de quiebra, de acuerdo a la legislación vigente. Agregaba dicha norma que el empresario podía evitar la liquidación haciéndose cargo del activo y pasivo, caso en el cual respondería con todos sus bienes, estableciéndose incluso el derecho de los acreedores de exigir las necesarias garantías. Sin embargo, la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, reemplazó íntegramente el texto de dicha norma por el actual artículo 18 de la Ley, en cuya virtud «*en lo demás, se aplicarán a la empresa individual de responsabilidad limitada, las disposiciones legales y tributarias, aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada,...*».<sup>30</sup>

Lo anterior nos lleva a concluir que, en lo que fuere pertinente, la liquidación de la E.I.R.L. deberá regirse por las normas que fueren aplicables a la liquidación de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada. En este sentido, debe tenerse presente que la Ley N° 3.918, sobre sociedades de responsabilidad limitada, si bien no

<sup>29</sup> La única mención a este tema se encuentra en el ya analizado artículo 13 de la Ley, cuando establece que «en caso de liquidación» los acreedores personales del titular de la empresa sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que a él le correspondan y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de la empresa.

<sup>30</sup> Segundo informe de la Comisión Especial Pequeñas y Medianas Empresas, Sesión 22ª, de 19 de noviembre de 2002.

regula la liquidación, hace expresamente aplicables a tales sociedades las normas de las sociedades colectivas, las que tratándose de sociedades comerciales se rigen en su liquidación por las normas de los artículos 407 a 418 del Código de Comercio. En consecuencia, tales normas resultan aplicables a la liquidación de las E.I.R.L., debiendo desde luego ajustarse dicha aplicación a la naturaleza unipersonal de esta última institución.<sup>31</sup>

A falta de norma expresa, entendemos que la liquidación podrá ser efectuada por el propio empresario titular, o, en el caso de fallecimiento de éste, por la persona que los herederos designen de consuno. Cabe señalar que a diferencia de lo que establecía el proyecto original, la Ley no resuelve el problema de la designación de liquidador en el evento de fallecimiento del titular de la empresa, ni tampoco otorga a los acreedores la facultad de pedir judicialmente dicha designación.<sup>32</sup> Creemos que en caso de fallecimiento del titular, y a falta de acuerdo de los herederos, cualquiera de éstos podría pedir a la justicia ordinaria la designación de un liquidador, por aplicación del artículo 409 del Código de Comercio.

Por su parte, en lo que se refiere al pago del pasivo, sin lugar a dudas el problema más relevante en materia de liquidación de la E.I.R.L., debe tenerse presente lo señalado en el artículo 413 N°4 del Código de Comercio, en concordancia con lo dispuesto en el ya analizado artículo 13 de la Ley de E.I.R.L. De acuerdo con la primera norma, el liquidador de una sociedad está obligado «a liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros y con cada uno de los socios». Por su parte, la segunda disposición señala:

*«Artículo 13. Los acreedores personales del titular no tendrán acción sobre los bienes de la empresa. En caso de liquidación, tales acreedores sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de la empresa.»*

En consecuencia, de lo señalado en las disposiciones citadas se desprende claramente que quien se encargue de la liquidación de la E.I.R.L. (eventualmente el propio empresario) deberá procurar mantener separado el patrimonio de ésta, evitando su confusión con los bienes y obligaciones del titular. Ello por cuanto el empresario o sus sucesores sólo tendrán derecho al eventual remanente de los bienes

<sup>31</sup> Para un análisis de esta normativa, véase Puelma Accorsi, Álvaro, *Sociedades*, ob. cit., páginas 434 y siguientes.

<sup>32</sup> Lo que debe entenderse sin perjuicio de la facultad de los acreedores de pedir la declaración de quiebra, si concurrió alguna causa legal.

de la empresa individual, luego de pagado íntegramente el pasivo de ésta.<sup>33</sup> Esta separación será esencial para que los acreedores de la E.I.R.L. puedan pagarse sobre los bienes de ésta con preferencia a los acreedores personales del empresario, según lo señalado en el citado artículo 13.

En el evento en que los pagos o devoluciones se efectúen con infracción a las citadas normas legales, particularmente en el caso de confundirse, en perjuicio de los acreedores, los bienes de la E.I.R.L. con los bienes del empresario, el empresario individual, o en general quienes intervengan en el proceso de liquidación, podrían incurrir en responsabilidad extracontractual respecto de los terceros perjudicados, responsabilidad frente a la cual ya no será posible invocar la limitación de responsabilidad propia de la institución en comento.

## 2. SUBSISTENCIA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA EMPRESA INDIVIDUAL DURANTE EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN

Tratándose de sociedades comerciales, la afirmación general es que subsiste la personalidad jurídica para los efectos de la liquidación, lo que se estima facilita en gran medida el proceso de liquidación comercial, protegiéndose asimismo en mayor medida los intereses de terceros.<sup>34</sup> En materia de sociedades colectivas comerciales, y por añadidura de sociedades comerciales de responsabilidad limitada, se suele ver en los artículos 410 y 413 números 3º y 4º del Código de Comercio un fundamento legal para esta afirmación.<sup>35</sup>

En nuestro concepto, esta idea de la subsistencia de la personalidad jurídica es igualmente aplicable a la liquidación de la E.I.R.L. Para ello nos centramos, en primer lugar, en la aplicación supletoria de las normas y principios que, en materia de liquidación, regulan a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, respecto de las cuales existe consenso en que conservan su personalidad jurídica durante el proceso de liquidación. Por otro lado, el artículo 13 de la Ley parece discurrir sobre la base de que la personalidad jurídica se mantiene, cuando encontrándose la empresa en liquidación, y por tanto disuelta, establece que los acreedores personales del titular sólo

<sup>33</sup> Cabe señalar que en este pasivo pueden existir deudas asumidas por la empresa individual en favor del propio empresario, las que se registrarán para su pago por las reglas generales, siempre que, según el caso, se hayan observado las solemnidades que se establecen para la autocontratación, de acuerdo al artículo 10 de la Ley.

<sup>34</sup> Sandoval López, Ricardo, «Comentarios sobre la Ley Nº 19.857...», ob. cit., página 29.

<sup>35</sup> Puelma Accorsi, Álvaro, *Sociedades*, ob. cit., página 439.

pueden accionar contra «*los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular*» y sobre el remanente sólo después de satisfacer los acreedores de la empresa. La misma idea parece desprenderse de artículo 17 de la Ley, para el caso de adjudicación de la empresa en caso de quiebra, sin perjuicio de lo que respecto de dicha causal se ha discutido con anterioridad en este mismo trabajo.

#### IV. CONCLUSIÓN

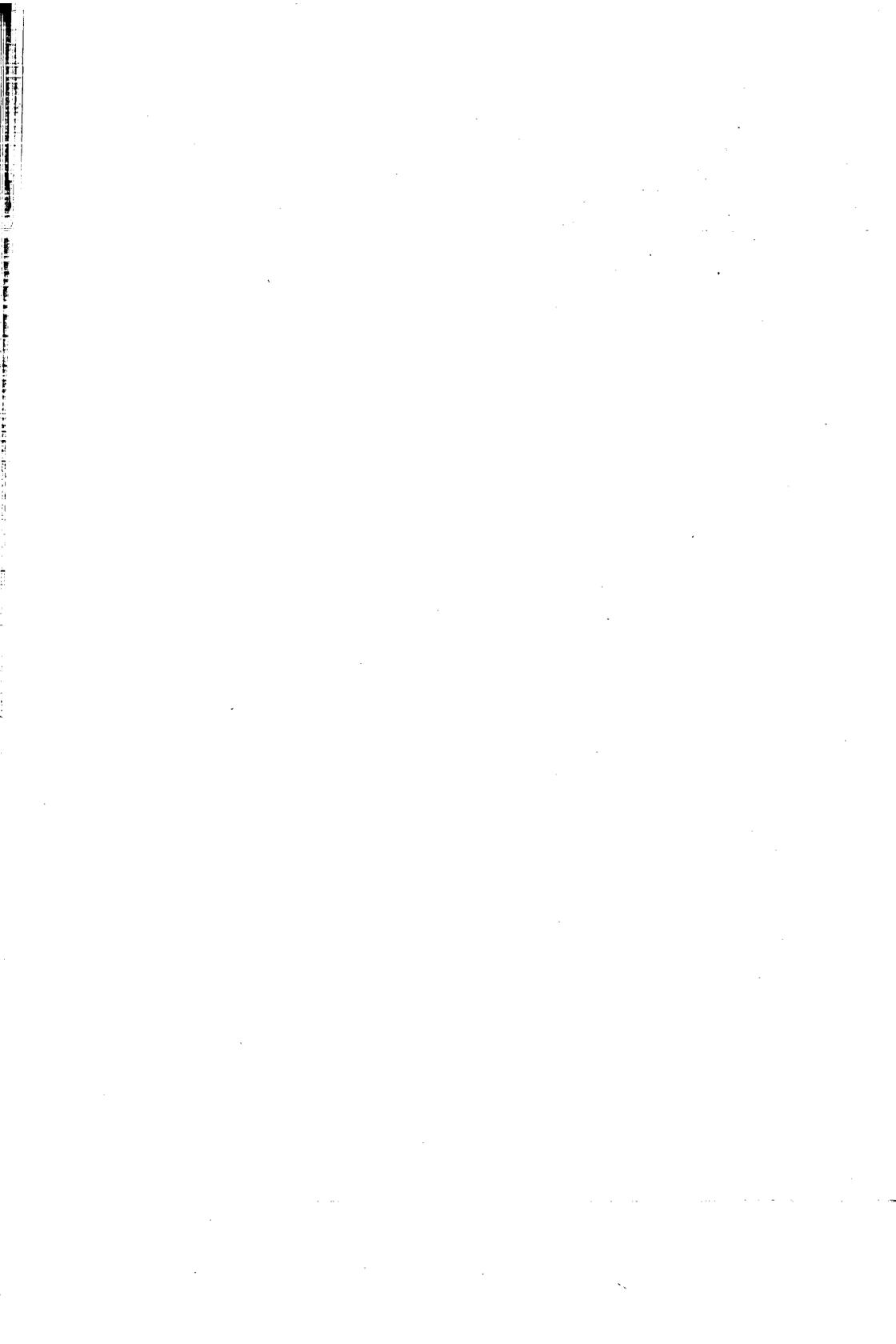
Resulta un hecho indudable que la promulgación de Ley de E.I.R.L. vino a suplir un sensible vacío de nuestra legislación, al permitir al empresario individual contar con un vehículo especial que le permitiese limitar su responsabilidad al desarrollar sus actividades económicas, sin necesidad de recurrir a terceros para la formación de una estructura societaria. Sin embargo, como ha quedado demostrado a lo largo del presente trabajo, existen en dicha ley una serie de imprecisiones y vacíos, lo que genera, y sin duda generará en el futuro, diversas dudas y problemas al intérprete y operador jurídico.

Aunque una crítica general a la nueva ley no corresponde al tema específico de este trabajo, creemos que gran parte de las incógnitas de la normativa se deben a la falta de experiencia y escasa investigación doctrinaria que, a la época de la discusión parlamentaria, existía en Chile con relación a esta figura. Precisamente en razón de lo anterior, y como lo han afirmado otros autores, habría sido más conveniente admitir derechamente en Chile, en lugar de la E.I.R.L., la sociedad de capital unipersonal con responsabilidad limitada, como lo han hecho la mayoría de los países desarrollados. Ello habría permitido favorecerse de todo el capital legal, doctrinario y jurisprudencial que se ha desarrollado a lo largo de los años en materia societaria.

En lo que se refiere al tema particular de este trabajo, hemos criticado especialmente la falta de precisión de algunas causales de terminación, como es el caso de la quiebra y de la muerte del empresario individual. Las dudas a este respecto son importantes, por lo que es de esperar que los problemas de interpretación se resuelvan con futuros pronunciamientos jurisprudenciales o, mejor aún, con modificaciones legislativas. Además de las dudas planteadas con respecto de la aplicación concreta de las causales de terminación, resulta especialmente criticable la solución del artículo 16 de la Ley, relativa a situaciones de aporte del patrimonio la E.I.R.L. a otra sociedad, disposición que como señalamos podría prestarse para abusos en frau-

de de los acreedores de la empresa. Por otro lado, también resulta criticable la ausencia de normas sobre liquidación, respecto de lo cual la aplicación supletoria de las normas existentes en materia societaria no parecen ser la solución más adecuada, atendido precisamente el carácter unipersonal de la institución en estudio.

En definitiva, este trabajo ha pretendido plantear diversos problemas relacionados con la terminación y liquidación de la E.I.R.L. y, en la medida de lo posible, proponer algunas alternativas de interpretación respecto de los mismos. Sin embargo, lo cierto es que corresponderá a la futura práctica jurídica y doctrina determinar las soluciones y alternativas de interpretación que más se ajusten tanto al espíritu de nuestra legislación como a las necesidades del tráfico comercial.



## **TRIBUTACIÓN APLICABLE A LAS EMPRESAS INDIVIDUALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**

**JUAN EDGARDO GOLDENBERG PEÑAFIEL**  
*Abogado*  
*Profesor de Derecho Tributario*  
*Universidad de los Andes*

### **I. INTRODUCCIÓN**

El artículo 1° de la ley N° 19.857, publicada el día 11 de febrero de 2003, en adelante la «Ley», autoriza a toda persona natural el establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, en adelante también «E.I.R.L.», con sujeción a sus normas.

El artículo 2° de la Ley define la empresa individual de responsabilidad limitada, como «una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley las sociedades anónimas».

Las personas jurídicas, como por ejemplo sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas no pueden ser titulares de una E.I.R.L.

### **II. LAS EMPRESAS INDIVIDUALES COMO CONTRIBUYENTES**

#### **1. ROL ÚNICO TRIBUTARIO (RUT)**

Según lo dispuesto en el artículo 66 del Código Tributario todas las personas jurídicas susceptibles de ser sujeto de impuestos, que en ra-

zón de su actividad o condición causen o puedan causar impuestos, deben estar inscritos en el Rol Unico Tributario de acuerdo a las normas del reglamento respectivo.

De acuerdo a lo anterior y conforme al artículo 2° de la LEY, que define a las E.I.R.L. como personas jurídicas con patrimonio propio, éstas deben obtener un RUT distinto a la persona natural titular de ella. Como una misma persona natural puede constituir varias E.I.R.L., cada una de ellas tendrá un RUT distinto.

## 2. DECLARACIÓN DE INICIACIÓN DE ACTIVIDADES

Según lo dispuesto en el artículo 68 del Código Tributario, «Las personas que inicien negocios o labores susceptibles de producir rentas gravadas en la primera y segunda categoría a que se refieren los números 1 letras a y b, 3, 4, 5 de los artículos 20, 42 N° 2 y 48 de la Ley de Impuesto a la Renta, deberán presentar al Servicio, dentro de los dos meses siguientes a aquél en que se comiencen sus actividades, una declaración jurada sobre dicha iniciación». En mérito a que las E.I.R.L. son siempre mercantiles, las rentas que generen califican en el artículo 20 N° 3 de la Ley de Impuesto a la Renta, por lo que su giro o actividades obliga a ésta a cumplir con este trámite.

Para los efectos del artículo citado, se entiende que se inician las actividades cuando se efectúa cualquier acto u operación que constituya elemento necesario para la determinación de los impuestos periódicos que afecten a la actividad que se desarrollará o que generen los referidos impuestos. La declaración inicial se hace en formulario único proporcionado por el Servicio y éste procederá a inscribir al contribuyente inicial en todos los registros que procedan.

## 3. TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

Se aplican a las E.I.R.L. las disposiciones legales y tributarias, que rigen a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada (artículo 18 de la Ley).

La Ley de Impuesto a la Renta en su artículo 2° N° 6 se refiere a las «sociedades de personas» que define como «las sociedades de cualquier clase o denominación excluyéndose únicamente a las anónimas». Las normas tributarias no se refieren de una manera especial a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada. Una interpretación armónica de las disposiciones tributarias indicaría que procede aplicar

las normas impositivas que rigen a las sociedades de personas, que incluyen las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, dejando al margen a las compañías de capital.

#### 4. TÉRMINO DE GIRO

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Tributario toda persona jurídica que por terminación de su giro comercial deje de estar afecta a impuestos deberá dar aviso por escrito al Servicio, acompañando su balance final o los antecedentes que éste estime necesario, y deberá pagar el impuesto correspondiente.

### III. SITUACIÓN TRIBUTARIA DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES FRENTE A LAS NORMAS DE LA LEY DE LA RENTA

En virtud de lo expuesto anteriormente, les afectarán a las E.I.R.L. las siguientes obligaciones tributarias, que en general son aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada.

#### 1. FORMA DE ACREDITAR LAS RENTAS PROVENIENTES DE LAS ACTIVIDADES QUE DESARROLLEN LAS E.I.R.L.

Por lo general, el desarrollo de alguna de las actividades a que se refieren los N°s. 1 al 5 del artículo 20 de la Ley de la Renta, obligan a las E.I.R.L. a llevar contabilidad completa y balance general para acreditar la renta efectiva proveniente de sus actividades y estarán sometidas al mecanismo de corrección del artículo 41 de la Ley de la Renta.

Las E.I.R.L. podrán llevar una contabilidad simplificada si cumplen con las condiciones establecidas en la letra a) del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley de la Renta, esto es, que a juicio de la Dirección Regional correspondiente a su domicilio, tengan un escaso movimiento, capitales pequeños en relación al giro de que se trate o se encuentren en cualquiera otra circunstancia excepcional. Las E.I.R.L. que desarrollen algunas de las actividades a que se refieren los artículos 20 N°s. 1 letra b) y d), 34 N° 1 y 2 y 34 bis, N°s. 2 y 3 de la Ley de la Renta, esto es, la explotación de bienes raíces agrícolas o no agrícolas, desarrollo de actividades mineras y explotación de vehículos motorizados en el transporte terrestre de pasajeros y carga ajena, respectivamente, y

que cumplan con las condiciones y requisitos que exigen cada una de las disposiciones legales precitadas, podrán acogerse a los regímenes de renta presunta que establecen los mencionados preceptos legales (Circulares Números 58 y 63 del año 1990).

## 2. IMPUESTOS QUE AFECTAN A LAS EMPRESAS INDIVIDUALES Y A SU RESPECTIVO PROPIETARIO O TITULAR

A las E.I.R.L. les afectará el Impuesto de Primera Categoría, con tasa de 16,5% por el año comercial 2003 y 17% por el año comercial 2004 y siguientes, aplicado sobre las rentas efectivas determinadas de acuerdo al mecanismo establecido en los artículos 29 al 33 de la Ley de la Renta, ya sea, que dichas rentas se acrediten mediante contabilidad completa o simplificada o sobre las rentas presuntas determinadas conforme a las normas de los artículos 20 N° 1, letras b) y d), 34 N°s. 1y 2 y 34 bis N°s. 2 y 3 de la Ley de Impuesto a la Renta (Instrucciones en Circular N° 95, del año 2001).

Si las rentas obtenidas por la E.I.R.L. derivadas de las actividades desarrolladas en la Primera Categoría las acredita mediante una contabilidad completa, el propietario o titular de dicha empresa quedará sujeto al sistema de tributación a base de retiros establecido en la Letra A) del artículo 14 de la Ley de la Renta, esto es, dicha persona natural tributará sólo con los Impuestos Global Complementario o Adicional, según sea su domicilio o residencia, por los retiros de las utilidades tributables que efectúe de su empresa individual, conforme con las normas establecidas en el citado artículo. (Circular N° 60, de 1990 y Resolución Ex. N° 2.154, de 1991, que reglamentan el mencionado sistema de tributación). Por los gastos rechazados que genere la E.I.R.L. al determinar la base imponible del impuesto de Primera Categoría que le afecta, conforme a las normas del artículo 33 N° 1 de la Ley de la Renta, y que constituyan retiros de especies o cantidades representativas de desembolsos de dinero, su titular se afectará sobre tales partidas con los mismos impuestos personales antes indicados, tributos que se aplicarán conforme a las normas del artículo 21 de la Ley de la Renta, en concordancia con las disposiciones de los artículos 54 N° 1, inciso tercero y 62 inciso cuarto de la ley citada (Circular N° 45, de 1984 y 42, de 1990). La empresa individual también deberá considerar como retiro presunto a favor de su propietario o titular, todos aquellos beneficios que se produzcan por el uso o goce de bienes del activo de la empresa individual, en los

términos indicados en el artículo 21 de la Ley de la Renta, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 33 N° 1, letra f) de la misma ley (Circular N° 37, de 1995).

Si la E.I.R.L. determina su renta efectiva en la Primera Categoría mediante una contabilidad simplificada, su propietario o titular por la totalidad de las rentas obtenidas por el ente jurídico indicado, tributará con los impuestos Global Complementario o Adicional, en el mismo período o año en que tales rentas se perciban o devenguen, incluidos los gastos rechazados del artículo 33 N° 1, constituyan o no retiros de especies o cantidades representativas de desembolsos de dinero; todo ello de acuerdo a lo dispuesto por la Letra B) del artículo 14 de la Ley de la Renta, en concordancia con lo establecido en los artículos 54 N° 1, inciso primero y 62 de la ley precitada (Circular N° 60, de 1990).

Si la E.I.R.L. se encuentra acogida a un régimen de renta presunta, el titular se afectará con los mismos impuestos personales anteriormente señalados, aplicados éstos en el mismo ejercicio de la determinación de las referidas rentas, sobre la totalidad de las rentas presuntas determinadas, conforme a las normas legales que las regulan, ya que ellas de acuerdo a las normas de la Letra B) del artículo 14, 21, 54 N° 1 y 62 de la Ley de Impuesto a la Renta, se entienden retiradas al término del ejercicio.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 18° de la Ley, les serán aplicables a las E.I.R.L. las normas del artículo 17, números 5° y 7°, de la Ley sobre Impuesto a la Renta, en cuanto a que no constituirá renta el valor de los aportes recibidos por estas empresas, sólo respecto de ellas, y el mayor valor a que se refiere el N° 13 del artículo 41 de la misma ley, así como tampoco las devoluciones de capital y sus reajustes legales, siempre que no correspondan a utilidades tributables capitalizadas que deben pagar los impuestos de la Ley de la Renta, como lo dispone el referido N° 7 (Circular N° 53, de 1990).

Tratándose de una E.I.R.L. que se encuentre obligada a declarar su renta efectiva según contabilidad completa y termine su giro, resulta aplicable, de acuerdo a lo dispuesto en el citado artículo 18° de la Ley N° 19.857, lo establecido en el artículo 38° bis de la Ley sobre Impuesto a la Renta, en cuanto a que deberá considerar retiradas del registro del Fondo de Utilidades Tributables (FUT) las rentas o cantidades determinadas a esa fecha, en la forma prevista en la letra a) del N° 3 de la Letra A) del artículo 14 de la ley del ramo o en el inciso segundo del artículo 14 bis de la misma ley, según corresponda, incluyendo las del

ejercicio, y tributar respecto de tales sumas conforme a lo dispuesto en el mismo artículo 38° bis; todo ello de acuerdo a las instrucciones impartidas sobre la materia y contenidas en la Circular N° 46, de 1990.

### 3. OBLIGACIONES TRIBUTARIAS COMPLEMENTARIAS O ANEXAS QUE AFECTAN A LA EMPRESA INDIVIDUAL

(i) Llevar el Registro del FUT, de acuerdo con las normas del artículo 14 de la Ley de la Renta e instrucciones contenidas en la Circular N° 60, de 1990 y Resolución N° 2.154, de 1991, contenida en la Circular N° 40, de 1991, si las rentas obtenidas de las actividades desarrolladas en la Primera Categoría las determina o acredita mediante contabilidad completa.

(ii) Efectuar pagos provisionales mensuales a cuenta del impuesto de Primera Categoría que le afecta respecto de los ingresos brutos percibidos o devengados que obtenga de las actividades de la Primera Categoría, ya sea, que determine su renta efectiva mediante contabilidad completa o simplificada, pagos que se realizarán de acuerdo a la tasa variable o fijas establecidas en el artículo 84 de la Ley de la Renta, y cuyas instrucciones para la aplicación de dicho sistema de PPM, se contienen en las Circulares Números 16, de 1991; 23, de 1992 y 95, de 2001.

(iii) Efectuar las retenciones de impuesto que procedan, respecto de las rentas que pague a terceras personas por la prestación de servicios personales recibidos, dicha empresa individual estará obligada a según sea la naturaleza de la renta pagada; todo ello de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 74 N°s. 1, 2 y 4 de la Ley de la Renta, y su declaración y pago simultáneo deberá efectuarse dentro de los plazos legales establecidos en los artículos N°s. 78 y 79 de la ley precitada, utilizando para estos fines los Formularios N°s. 29 y 50, según el tipo de retención de que se trate e informando a este Servicio y emitiendo los certificados que correspondan, de acuerdo a las resoluciones pertinentes que hacen exigible tal obligación.

(iv) Certificar la situación tributaria de las rentas retiradas por su propietario y de gastos rechazados y retiros presuntos a que se refiere el artículo 21 de la Ley de la Renta, como también informar iguales antecedentes al Servicio, si la empresa individual lleva contabilidad completa y balance general para la acreditación de sus rentas efectivas, y por ende, sujeta al sistema de retiros respecto de las rentas que le corresponden a su propietario o titular.

(v) En virtud de lo establecido en el artículo 18°, de la ley citada, es aplicable a las E.I.R.L., la norma del inciso final del artículo 69° del Código Tributario, en orden a que no podrá efectuarse disminución de capital en estas empresas, sin autorización previa del Servicio.

#### 4. LAS E.I.R.L. PODRÁN ACOGERSE A LOS SIGUIENTES BENEFICIOS

(i) Asignar un sueldo empresarial a su propietario o titular, que podrá rebajar como un gasto tributario bajo el cumplimiento de las condiciones que exige el inciso tercero del N° 6 del artículo 31 de la Ley de la Renta, comentadas mediante la Circular N° 42, de 1990, en la medida que cumpla con los requisitos exigidos en la citada norma. El propietario beneficiario del referido sueldo se afectará con el impuesto único de Segunda Categoría establecido en el artículo 42 N° 1 y 43 N° 1 de la ley del ramo, tributo que debe ser retenido por la respectiva empresa individual, conforme a las normas de los artículos 74 N° 1 y 78 de la ley precitada.

(ii) Acogerse al sistema de tributación simplificada que establece el artículo 14 bis de la Ley de la Renta, si la empresa individual cumple con los requisitos y condiciones que exige dicha norma legal, consistente éste, que tanto la E.I.R.L., como persona jurídica y el propietario titular de dicha empresa, tributarán con los impuestos de Primera Categoría y Global Complementario o Adicional que les afecta, sobre los retiros que se efectúen de la referida empresa, sin distinguir o considerar el origen o fuente de las rentas que financian tales retiros o si se trata de sumas no gravadas o exentas de impuesto.

#### 5. APLICACIÓN A LAS E.I.R.L. DE LAS NORMAS DE INVERSIÓN DE UTILIDADES ESTABLECIDAS EN LA LETRA C) DEL N° 1 DE LA LETRA A) DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY DE LA RENTA

Las rentas que retiren los empresarios individuales, socios de sociedades de personas y socios gestores de sociedades en comandita por acciones, para invertir las en otras empresas o sociedades establecidas en Chile, que declaren o determinen su renta efectiva en la Primera Categoría, mediante contabilidad completa, no se gravarán con los impuestos Global Complementario o Adicional, mientras tales rentas no sean retiradas o distribuidas de la sociedad o empresa que recibe la inversión. La Circular N° 60, de 1990, Resolución Ex. N° 2.154, de 1991, Circular N° 70, de 1998 y 49 de 2001 y pronunciamientos emitidos

sobre la materia, ha establecido que la reinversión de utilidades en otras empresas, bajo las normas de la letra c) del N° 1 de la Letra A) del artículo 14 de la Ley de la Renta, se debe realizar bajo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley del ramo, los cuales se analizan en esos pronunciamientos.

#### IV. CONVERSIÓN DE EMPRESA INDIVIDUAL EN EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

##### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 69 del Código Tributario y el artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta, se refieren a la conversión de una empresa individual a una sociedad de cualquier naturaleza. No obstante no existe norma expresa sobre la conversión de una empresa individual a una E.I.R.L., ello es procedente según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley.

Podríamos definir la conversión de una empresa individual a una E.I.R.L. como el acto por el cual una persona natural titular de una empresa individual decide desarrollar su giro a través de una E.I.R.L. que se constituye al efecto cumpliendo las formalidades de constitución establecidas en la Ley.

##### 2. EFECTOS TRIBUTARIOS

Según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley, en todo lo no previsto en dicho texto legal le hace aplicable a las E.I.R.L., las disposiciones legales y tributarias que rigen para las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, incluyendo las normas sobre saneamiento de vicios de nulidad establecidas en la Ley N° 19.499.

Atendido lo anterior en el caso de estas empresas tienen plena aplicación las normas sobre conversión de empresas individuales en sociedades de cualquier clase a que se refiere la letra c) del N° 1 de la Letra A) del artículo 14 de la Ley de la Renta y el artículo 69 del Código Tributario.

A continuación revisaremos los principales efectos tributarios con motivo de la conversión referida:

##### (i) Aporte de bienes e IVA aplicable

La transferencia de los bienes del giro del negocio, bienes del activo realizable y materias primas o insumos no utilizados en el

proceso productivo que con motivo de la conversión realice el empresario individual a la E.I.R.L., se encontrará gravada con IVA, pues to que en la situación se configura el hecho gravado establecido en el artículo 8º, letra b), del D.L. N° 825 (Circular 27 de 14.05.2003).

Agrega la Circular citada: «...los aportes y otras transferencias de dominio de bienes corporales muebles que se efectúen por vendedores para el establecimiento, ampliación o modificación de una E.I.R.L., se encuentran afectos a IVA de acuerdo a lo dispuesto en la letra b) del artículo 8º del D.L. N° 825, de 1974». Como se ha señalado por este Servicio, la referencia al «vendedor» que efectúa la norma legal citada, indica que dichas transferencias se encuentran gravadas si tienen por objeto bienes del giro del contribuyente, es decir, aquéllos respecto de los cuales éste es vendedor, o se presume como tal por la naturaleza, cantidad y frecuencia con que realiza las operaciones.

Por otro lado, el aporte de los bienes del activo fijo que se realice en la conversión, se encontrará gravado con el impuesto al valor agregado, si se verifica lo dispuesto en la letra m), del artículo 8º, del D.L. N° 825.

Asimismo, cabe tener presente que en relación con dichas transferencias de bienes, el Servicio podrá ejercitar la facultad de tasar establecida en el artículo 64º del Código Tributario, a menos que se configure alguno de los casos de excepción que se señalan en la misma disposición legal.

Por último, cabe señalar además que el IVA que grave las referidas enajenaciones de bienes, constituye crédito fiscal para la E.I.R.L., que recibe el aporte, en la medida que sea contribuyente del impuesto, el que podrá deducirlo del débito que se produzca en las operaciones que realice, conforme a las reglas generales.

Finalmente, debe tenerse presente que se encontrará afecto a IVA el aporte de establecimientos de comercio y otras universalidades, que comprendan o recaigan sobre bienes corporales inmuebles del giro de una empresa constructora, de acuerdo a lo dispuesto en la letra k), del artículo 8º, del D.L. N° 825.

#### (ii) Utilización de créditos fiscales de IVA

Si la entidad objeto de la conversión presenta créditos fiscales por concepto de IVA no podrá seguir imputándolos en contra de los débitos fiscales de la E.I.R.L., por tratarse de derechos personalísimos que sólo pueden ser utilizados por las entidades que los generan. La Circular N° 27 del Servicio señala: «el remanente de crédito fiscal que pudiera mantener el contribuyente que se convierte, no podrá ser

traspasado a la E.I.R.L. que se constituye, precisamente porque se trata de personas distintas, y como reiteradamente este Servicio ha sostenido, dicho crédito no puede ser cedido o traspasado a terceras personas distintas del contribuyente que soportó el impuesto en la adquisición de bienes o en la utilización de servicios afectos».

(iii) No se aplica el Impuesto a la Renta

No se aplica impuesto a la renta por no haber hecho gravado; en efecto el titular de la E.I.R.L. no experimenta incremento patrimonial alguno por el solo hecho de la conversión.

La Circular N° 27 del Servicio señala en relación a esta materia: «...cuando una empresa individual de aquéllas a que se refiere la citada norma legal, se convierta en una E.I.R.L., las utilidades traspasadas a las mencionadas empresas individuales, no se considerarán como retiradas por su propietario, sino que reinvertidas en dicha empresa unipersonal, sin que se afecten con los impuestos Global Complementario o Adicional, hasta cuando no sean efectivamente retiradas por su titular».

(iv) No procede la utilización de pérdidas tributarias

En el caso de conversión de una empresa individual las pérdidas tributarias no pueden ser utilizadas por la E.I.R.L. que se crea, puesto que las pérdidas sólo pueden ser utilizadas por la entidad que las generó, conforme a lo dispuesto por el artículo 31 N° 3 de la Ley de la Renta.

(v) Depreciación acelerada

La E.I.R.L. que se ha creado por la vía de la conversión no debiera seguir aplicando depreciación acelerada puesto que se produce una transferencia o transmisión de bienes a un ente diverso, con lo cual no se mantendría el carácter de «bienes nuevos» de los activos que estaban sometidos a este régimen con anterioridad a la conversión. En efecto, en el caso de conversión se produce un aporte de activos, razón por la cual pierden el carácter de bienes «nuevos» para efectos de aplicación de la depreciación acelerada, cual es uno de los requisitos contemplados por el artículo 31 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta para hacer uso de ellos.

(vi) Situación tributaria del exceso de retiros

En el caso de conversión de una empresa individual sin personalidad jurídica a una E.I.R.L., conforme a lo dispuesto por el artículo

14, párrafo A, N° 1, letra c), de la ley de impuesto a la renta, las utilidades se debieran entender reinvertidas en la E.I.R.L. que se crea y por tanto, no se gravan con global complementario ni adicional sino hasta la fecha de su retiro efectivo.

(vii) Utilización de créditos especiales

En el caso de conversión no son traspasables los créditos a los cuales el Servicio les ha atribuido un carácter personalísimo, como son, entre otros, los créditos por donaciones y los que corresponden a gastos de capacitación (SENCE), Pagos Provisionales Mensuales (PPM), que no pueden ser aplicados por la E.I.R.L.

(viii) Término de giro

¿Es necesario en el caso de conversión planteado efectuar término de giro de la empresa individual?

El artículo 69 del Código Tributario dispone que:

«Toda persona natural o jurídica que por terminación de su giro comercial, o industrial, o de sus actividades deje de estar afecta a impuestos, deberá dar aviso por escrito al Servicio, acompañando su balance final o los antecedentes que éste estime necesario y deberá pagar el impuesto correspondiente hasta el monto del citado balance, dentro de los dos meses siguientes al término de giro de sus actividades».

No cabe duda que si la empresa individual no continúa desarrollando sus actividades porque en adelante será la E.I.R.L. la que continuará éstas, aquélla cesa en su giro.

El inciso 2° del artículo 69 establece los casos de conversión de la Empresa individual a sociedad de cualquier naturaleza; aporte de todo el activo y pasivo o fusión de sociedades como casos excepcionales en que no es necesario el término de giro.

El precepto citado no se refiere a la conversión de una Empresa Individual a E.I.R.L.

Creemos que en este caso no es necesario el término de giro de la Empresa Individual en cuanto se cumplan todos los requisitos que señala ese precepto; éstos son: que la sociedad que se crea se haga solidariamente responsable de los impuestos adeudados por el empresario individual, y sin perjuicio de la obligación de la empresa que desaparece de presentar un balance de término de giro a la fecha de su extinción y de la obligación de la sociedad que se cree de pagar los impuestos a la renta dentro de los dos meses siguientes al término

de giro, y los demás impuestos dentro de los plazos legales (Circular N° 66 del Servicio de 1998).

La Circular N° 27 citada del Servicio señala en relación a esta materia lo siguiente: «...no habrá obligación de dar aviso de término de giro cuando la respectiva E.I.R.L. que se crea se haga responsable solidariamente en la respectiva escritura social de todos los impuestos que se adeudaren por la empresa individual, relativos al giro o actividad respectiva. No obstante, las empresas que se disuelven o desaparecen deberán efectuar un balance de término de giro a la fecha de su extinción y las E.I.R.L. que se creen, pagar los impuestos correspondientes de la Ley de la Renta, dentro del plazo señalado en el inciso primero del referido artículo, y los demás impuestos dentro de los plazos legales, sin perjuicio de la responsabilidad por otros impuestos que pudieran adeudarse; todo ello de acuerdo a las instrucciones impartidas sobre dicha materia y contenidas en la Circular N° 17, de 1995 y sus complementaciones o modificaciones posteriores.

### 3. TRÁMITES ANTE EL SERVICIO EN CASO DE CONVERSIÓN

La conversión debe ser informada a la Dirección Regional del Servicio que corresponda al domicilio del contribuyente, aviso que deberá darse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de la escritura o de la publicación del extracto en el Diario Oficial. De no cumplirse con esta obligación la sanción será la contemplada en el artículo 97 N° 1 del Código Tributario, esto es, multa de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual (artículo 68 del Código Tributario y Res. EX N° 5.791 de 27.11.2003).

### 4. DOCUMENTACIÓN Y LIBROS CONTABLES

La documentación contable timbrada, sin uso, deberá ser entregada ante la Unidad del Servicio que corresponda al domicilio social, para su destrucción, la que se llevará a cabo dentro del plazo y lugar que fije la Dirección Regional, previa confección de un inventario que se incluirá en un acta.

En cuanto a los libros contables, ellos se podrán seguir utilizando consignando en ellos la nueva razón social. Adicionalmente, se po-

drá pedir autorización a la Dirección Regional correspondiente para timbrar nuevos libros.

## V. SITUACION DE LAS EMPRESAS INDIVIDUALES

### ANTE LA LEY DEL I.V.A.

La E.I.R.L. es una persona jurídica siempre comercial sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto, pudiendo realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales. Todos los servicios que provengan de las actividades señaladas en el N° 3 del artículo 20 de la ley de impuesto a la renta están afectos a IVA.

## VI. TRIBUTACIÓN DE LA CESIÓN DEL DERECHO PATRIMONIAL

Por la cesión de su derecho que como titular le corresponde en la E.I.R.L. el mayor valor que obtenga la persona natural quedará sujeto a la norma del artículo 41 N° 13 inciso 2° de la ley de impuesto a la renta, que dispone:

«Los contribuyentes que enajenen ocasionalmente bienes y cuya enajenación sea susceptible de generar rentas afectas al impuesto de esta categoría y que no estén obligados a declarar sus rentas mediante un balance general, deberán para los efectos de determinar la renta proveniente de la enajenación, deducir del precio de venta el valor inicial actualizado de dichos bienes, según la variación del Índice de Precios del Consumidor, debiendo deducirse las depreciaciones correspondientes al período respectivo».

Por no tratarse de una cesión de derechos sociales no sería aplicable el tratamiento tributario que rige la enajenación de derechos sociales. Cabe recordar que el artículo 18 de la Ley hace extensivas las normas tributarias de las sociedades mercantiles a las E.I.R.L. pero no a sus titulares.

## VII. TRANSFORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN UNA EMPRESA INDIVIDUAL

De acuerdo con el artículo 8 N° 13 del Código Tributario, se entiende por transformación de sociedades el cambio de especie o tipo social efectuado por reforma del contrato social o de los estatutos, subsistiendo la personalidad jurídica.

En la especie podríamos definir la transformación como el cambio de especie o tipo de persona jurídica, de sociedad a E.I.R.L. o viceversa, subsistiendo su personalidad jurídica.

El artículo 14 de la ley 19.857 dispone que «en el caso que se produzca la reunión en manos de una sola persona, de las acciones, derechos o participaciones en el capital, de cualquier sociedad, ésta podrá transformarse en E.I.R.L., cumpliendo su propietario con la formalidad de constitución establecida en la presente ley».

A su turno, el inciso segundo de ese mismo artículo agrega: «una E.I.R.L. podrá transformarse en una sociedad de cualquier tipo cumpliendo los requisitos y formalidades que establece el estatuto jurídico de la sociedad en la cual se transforma».

De acuerdo con lo anterior, sólo en el caso de reunirse todas las acciones, derechos o participaciones en el capital de una sociedad ésta se puede transformar en una E.I.R.L., debido a que como sabemos sólo una persona natural puede establecer una E.I.R.L., no pudiendo en caso alguno crearse por acto constitutivo o por la vía de la transformación una E.I.R.L. por parte de dos o más personas.

Cabe señalar que en caso de transformación el contribuyente mantiene el mismo RUT y las utilidades no se entienden retiradas ni gravadas con impuestos personales según lo dispuesto en el artículo 14 A N° 1 C de la Ley de Impuesto a la Renta. Con todo según lo dispuesto en el artículo 14 A N° 1 b inciso final, «en el caso de transformación de una sociedad de personas en una sociedad anónima, ésta deberá pagar el impuesto, del inciso 3° del artículo 21 en el o en los ejercicios en que se produzcan utilidades tributables, según se dispone en el inciso anterior, por los retiros en exceso que existan al momento de la transformación. Esta misma tributación se aplicará en caso que la sociedad se transforme en una sociedad en comandita por acciones, por la participación que corresponda a los accionistas».

Obviamente que después de la transformación habrá que aplicar la normativa tributaria que corresponda al nuevo tipo o especie social.

La Circular N° 27 del Servicio señala en materia de transformación:

«De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 19.857, una E.I.R.L., puede transformarse en una sociedad de cualquier tipo. Pues bien, como la transformación sólo implica el cambio de la especie o tipo social, subsistiendo la personalidad jurídica, en este caso, el remanente de crédito fiscal que mantenga la empresa individual al transformarse, se traspasa a la sociedad que se crea, pues se trata del mismo contribuyente con distinta organización legal. Asimismo, el

traspaso de los activos de la E.I.R.L. que se produzca con la transformación no se encontrará afecto a IVA, puesto que no se produce una enajenación.

«La situación inversa, esto es, la transformación de una sociedad en una empresa individual de responsabilidad limitada, como ya se ha dicho, sólo es posible en la situación contemplada en el inciso primero del artículo 14 de la Ley 19.857, esto es, si se produce la reunión en manos de una sola persona, de las acciones, derechos o participaciones en el capital, de cualquier sociedad, caso en el cual la ley faculta a esta última para transformarse en E.I.R.L., cumpliendo su propietario con las formalidades de constitución establecidas en la ley precitada. Pues bien, en relación con el IVA, atendido el hecho de la continuidad de la persona jurídica, los efectos tributarios son los mismos señalados en el párrafo precedente».

### VIII. DIVISIÓN DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

La Ley N° 19.857 nada dispuso respecto de la división, lo que a nuestro entender en manera alguna significa que las E.I.R.L. no puedan ser objeto de una división, más aún cuando su artículo 18 ordena la aplicación a las E.I.R.L. de las disposiciones legales y tributarias, aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, a las cuales tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado la división de esta clase de compañías.

La división está definida en el artículo 94 de la Ley de Sociedades Anónimas. Señala dicha norma, que la división de una sociedad consiste en la distribución de su patrimonio entre sí y una o más sociedades anónimas que se constituyan al efecto, correspondiéndoles a los accionistas de la sociedad dividida, la misma proporción en el capital de cada una de las nuevas sociedades que aquella que poseían en la sociedad que se divide. Sin embargo, este concepto también es aplicable a las sociedades de personas tal como lo ha reconocido el SII en su Oficio N° 633 de 15.02.93.

La Circular N° 27 del Servicio señala en esta materia:

«(b) Fusión, división y otras formas de reorganización de E.I.R.L.:

«En relación con este punto, cabe señalar que la Ley N° 19.857, a través de su artículo 18, al hacerles aplicables a las E.I.R.L. las mismas disposiciones legales y tributarias que rigen a las sociedades de responsabilidad limitada, a tales entes jurídicos atribuye los mismos efectos legales y tributarios que rigen cuando se fusione, se divida o se reor-

ganice de otra forma una sociedad de personas, rigiendo en la especie todas las instrucciones emitidas por el Servicio sobre esta materia, especialmente aquéllas contenidas en la Circular N° 45, del año 2001, que dice relación con la aplicación de la facultad de tasar contemplada en el artículo 64 del Código Tributario, respecto de las formas de reorganización que pueden adoptar las sociedades.

»En todo caso debe hacerse presente, que cuando una E.I.R.L., por ejemplo, se fusione o se divida en otro ente jurídico, en la especie nace una nueva persona jurídica, y por lo tanto, todos los créditos tributarios a favor de la E.I.R.L. no pueden ser traspasados al nuevo ente jurídico que nace producto de la fusión o división, debido a que dichos créditos tienen el carácter de personalísimos y en virtud de tal condición sólo pueden ser recuperados por la empresa que los genera».

Más adelante la Circular agrega:

«Al igual que en los casos anteriores, en esta materia deben aplicarse las normas existentes para las sociedades comerciales de responsabilidad limitada. De esta manera, en los casos de fusión o división de una E.I.R.L., no existe, en consecuencia, hecho gravado con el tributo (IVA), dado que el aporte que se efectúa al realizarse estas modificaciones no consiste en bienes corporales muebles o derechos reales constituidos sobre ellos, sino que en el derecho personal que le corresponde, en este caso, al propietario en la empresa individual de responsabilidad limitada que se fusiona o divide, cuya transferencia no se encuentra gravada con el impuesto al valor agregado por tratarse de un bien incorporal. Lo anterior, sin embargo, es sólo en la medida en que, con ocasión de la fusión o división, no se transfiera un patrimonio mayor que el original existente en la empresa individual.

»Por otra parte, el remanente de crédito fiscal acumulado por la empresa original, no puede ser aprovechado por su continuadora resultante de la fusión o división, pues se trata de personas jurídicas diversas, y como se ha dicho, el crédito fiscal del IVA no se puede ceder, transferir ni transmitir.»

## IX. FUSIÓN DE UNA EMPRESA INDIVIDUAL

El artículo 15 de la ley 19.857 dispone que «la E.I.R.L. terminará: por aporte del capital de la empresa individual a una sociedad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16».

A su turno, el artículo 16 de la ley citada se refiere expresamente a la situación contemplada en el artículo 15 letra c, disponiendo que en ese caso la sociedad responderá de todas las obligaciones contraí-

das por la empresa individual, a menos que el titular de ella declare asumirlas con su propio patrimonio.

Debemos entender que el término capital empleado en el artículo 15 letra c antes transcrito se refiere al patrimonio de la E.I.R.L. y en consecuencia ese precepto trata de un caso de fusión de la empresa individual.

La fusión de que trata el citado artículo 15 sólo se referiría al caso en que la E.I.R.L. transfiere todo su patrimonio a una sociedad.

¿Procede sólo la fusión por incorporación o podría llevarse a efecto una fusión por creación?

Creemos que proceden ambos tipos de fusión. También podría darse la fusión de una E.I.R.L. con otra, siempre que sea del mismo titular.

Cabe destacar que el legislador innovó en el artículo 16 al disponer que tanto la sociedad absorbente como el titular de la empresa individual que se fusiona con una sociedad pueden hacerse responsables de las obligaciones que la empresa tenga, entre las cuales cabe incluir las obligaciones tributarias.

Impuestos tributarios para el caso de la fusión fueron expuestos más arriba.

## X. MUERTE DEL TITULAR DE LA EMPRESA INDIVIDUAL

La E.I.R.L. terminará entre otros casos (artículo 15 letra e, ley N° 19.857) por la muerte del titular. Los herederos podrán designar un gerente común para la continuación del giro de la empresa hasta por el plazo de un año. Durante ese período la E.I.R.L. continuará tributando en régimen normal. Posteriormente, serán aplicables las normas del artículo 5° de la Ley de Impuesto a la Renta.