



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Sociedades de capital

Nuevas tendencias del
derecho chileno de sociedades

CRISTIÁN OLAVARRÍA RODRÍGUEZ
EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ
JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ
CARLOS RUIZ-TAGLE VIAL
ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA
ÁNGELA TOSO MILOS
PILAR PERALES VISCASILLAS
MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA
CARLOS LÓPEZ RODRÍGUEZ
SOPHÍA ROMERO RODRÍGUEZ

Eduardo Jequier Lehuedé
EDITOR



2 0 1 2

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 22



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Sociedades de capital

Nuevas tendencias del
derecho chileno de sociedades

Cristián Olavarría Rodríguez
Eduardo Jequier Lehuedé
Jesús Quijano González
Carlos Ruiz-Tagle Vial
Alejandro Romero Seguel
Josefina Boquera Matarredona
Ángela Toso Milos
Pilar Perales Viscasillas
María Fernanda Vásquez Palma
Carlos López Rodríguez
Sophía Romero Rodríguez

Eduardo Jequier Lehuedé
Editor

Cuadernos de Extensión Jurídica 22 (2012)
Sociedades de capital.
Nuevas tendencias del derecho chileno de sociedades

CIP - Universidad de los Andes. Facultad de Derecho

Sociedades de capital: nuevas tendencias del derecho chileno de sociedades / Cristián Olavarría Rodríguez ... [et al.]; Eduardo Jequier Lehueché, editor.

p. ; cm. (Cuadernos de Extensión Jurídica 22)

1.- Sociedades – Aspectos Jurídicos – Chile. I.- Olavarría Rodríguez, Cristián. II.- Jequier Lehueché, Eduardo, ed. II.- ser.

CDD 22
346.8306

2012

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: Jorge Baraona González

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

Secretario de redacción: Gustavo Balmaceda Hoyos

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-7160-77-8

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 217.446

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.

© 2012 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

CRISTIÁN OLAVARRÍA RODRÍGUEZ

Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile

Doctorando en Derecho Universidad de los Andes

EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ

Doctor en Derecho Universidad de Valencia

Magíster en Derecho de la Empresa

Pontificia Universidad Católica de Chile

Profesor de Derecho Comercial

Universidad de los Andes

Profesor de Derecho Comercial

Universidad Católica del Norte

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ

Doctor en Derecho

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Valladolid

CARLOS RUIZ-TAGLE VIAL

Doctor en Derecho Universidad de los Andes

Profesor de Derecho Económico

Universidad Católica del Norte

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho Universidad de Navarra

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de los Andes

JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA

Doctora en Derecho

Catedrática de Derecho Mercantil

Universidad de Valencia

ÁNGELA TOSO MILOS

*Doctora en Derecho Universidad de Salamanca
Profesora de Derecho Comercial
Universidad Católica del Norte*

PILAR PERALES VISCASILLAS

*Doctora en Derecho
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid
Consejera Académica en Baker & McKenzie*

MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA

*Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid
Magíster en Derecho Universidad Complutense de Madrid
Directora Departamento de Derecho Civil,
Comercial y Ciencias del Derecho
Universidad de Talca
Profesora de Derecho Comercial
Universidad de Talca*

CARLOS LÓPEZ RODRÍGUEZ

*Licenciado en Derecho, Universidad de la República, Uruguay.
Diploma de Estudios Avanzados –DEA–,
Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia, España.
Maestría en Derecho de los Negocios,
Facultad de Derecho de la Universidade Federal do Rio Grande
do Sul (FURG), Porto Alegre, Brasil.
Profesor de Derecho Comercial, Universidad de la República,
Montevideo, Uruguay.*

SOPHÍA ROMERO RODRÍGUEZ

*Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte
Profesora Auxiliar de Derecho Procesal, Universidad Católica del Norte
Doctoranda en Derecho, Universidad de los Andes
Becaria CONICYT*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
EL SISTEMA DE ARBITRAJE EN LA LEY N° 18.046, SOBRE SOCIEDADES ANÓNIMAS. ¿FORZOSO O VOLUNTARIO? <i>Cristián Olavarría Rodríguez</i>	
Resumen.....	15
Introducción.....	15
I. Algunas cuestiones generales acerca del arbitraje forzoso y voluntario.....	17
II. El arbitraje en la Ley N° 18.046. Los artículos que lo regulan.....	20
III. Antecedentes de la Ley N° 18.046.....	21
IV. Opiniones de tratadistas nacionales acerca de la naturaleza del arbitraje en las sociedades anónimas	23
V. Jurisprudencia	29
VI. Conclusión: opinión del autor: arbitraje voluntario...	33
VII. Bibliografía	35
ESTATUTO PYME Y SOCIEDADES ANÓNIMAS DE GARANTÍA RECÍPROCA. NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO CHILENO DE SOCIEDADES <i>Eduardo Jequier Lebuedé</i>	
Introducción	37
I. El problema del financiamiento de la Pyme.....	39
II. Las sociedades anónimas de garantía recíproca en Chile. Del sistema mutualista puro a la externalización de garantías personales	42
III. La SGR como sociedad anónima en el derecho chileno de sociedades.....	44
IV. Características distintivas de la SGR en el modelo chileno	47

EL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL DE ESTE SIGLO: REFORMAS Y EXPECTATIVAS

Jesús Quijano González

I. Las primeras reformas en el nuevo siglo.....	67
II. La ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles	69
III. La nueva ley de sociedades de capital.....	73
IV. Otras reformas de diverso alcance.....	77
V. La tarea pendiente: el código de sociedades mercantiles.....	80

RESEÑA DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS EN CHILE

Carlos Ruiz-Tagle Vial

Introducción	83
I. Antecedentes históricos	83
II. Codificación y especialización de la legislación de seguro	88
III. Las mutualidades en el mercado asegurado	89
IV. Las sociedades anónimas aseguradoras	90
V. Las compañías de reaseguro.....	94
VI. Conclusiones	95

DISOLUCIÓN JUDICIAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA: ASPECTOS PROCESALES

Alejandro Romero Seguel

I. Explicación general	97
II. Características de la acción de disolución.....	99
III. El juez natural	105
IV. La valoración de la prueba	106
V. Efectos de la sentencia.....	109
VI. Los equivalentes jurisdiccionales.....	110
VII. La posibilidad de acumular acciones.....	111

EL EJERCICIO INDIVIDUAL DEL COMERCIO CON RESPONSABILIDAD LIMITADA. EMPRESARIO INDIVIDUAL Y SOCIEDAD UNIPERSONAL

Josefina Boquera Matarredona

I. La responsabilidad limitada y el ejercicio individual del comercio.....	113
II. La opción de los legisladores de los Estados miembros de la Unión Europea para regular el ejercicio individual del comercio con el beneficio de la responsabilidad limitada	114

III. La posibilidad en España del ejercicio individual del comercio con el beneficio de la responsabilidad limitada.....	117
IV. Elección entre empresa individual de responsabilidad limitada y sociedad unipersonal.....	120
ALGUNAS NOTAS EN TORNO A LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS PROFESIONALES	
<i>Ángela Toso Milos</i>	
Introducción.....	125
I. Las sociedades anónimas deportivas profesionales como sujetos obligados por las medidas de prevención del lavado de activos.....	128
II. Algunos inconvenientes que genera la aplicación de las medidas de prevención del lavado de activos a las SADP.....	134
Comentarios finales.....	142
Bibliografía.....	144
SOCIEDADES DE CAPITAL Y ARBITRAJE (REFORMA DE LA LEY DE ARBITRAJE. ARBITRAJE DE EQUIDAD Y SEPARACIÓN POR JUSTA CAUSA)	
<i>Pilar Perales Viscasillas</i>	
I. Líneas generales de la Ley N° 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje.....	147
II. El reconocimiento legal del arbitraje societario por la Ley de Arbitraje.....	148
III. El arbitraje societario en equidad, en particular sobre la separación de un socio en equidad.....	158
GOBIERNOS CORPORATIVOS Y DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS: CUESTIONES ACTUALES (DESDE LA LEY N° 20.382) Y REFORMAS PENDIENTES	
<i>María Fernanda Vásquez Palma</i>	
I. Introducción.....	173
II. La concepción de los gobiernos corporativos por parte de la OCDE y su influencia en la normativa chilena.....	174
III. Los deberes de los administradores en la actual legislación societaria.....	183
IV. Conclusiones: las reformas pendientes a la luz de los principios OCDE.....	202

EL ACCIONISTA ÚNICO COMO ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL DERECHO URUGUAYO	
<i>Carlos López Rodríguez</i>	
Introducción	207
I. Sobre las sociedades unipersonales en el derecho uruguayo	208
II. Sobre los administradores de hecho.....	215
Conclusiones	223
Bibliografía	224
ARBITRABILIDAD OBJETIVA EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIETARIA EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: ¿ES EL ARBITRAJE INTERNO UN MECANISMO INTEGRADOR Y SUPLETORIO DE LA FUNCIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN?	
<i>Sophía Romero Rodríguez</i>	
Introducción	229
I. Antecedentes para la discusión.....	231
II. Sobre las sociedades de capital en la legislación chilena y la regulación aplicable a la formación de la voluntad social	237
III. Regulación legal del arbitraje en el ordenamiento jurídico chileno: en especial, de su objeto.....	238
IV. Sobre el arbitrio de terceros y el peritaje en la legislación chilena.....	244
V. Sobre la integración por falta de acuerdo dentro de los órganos de administración social en Chile	245
VI. Conclusiones	248
VII. Bibliografía	249

PRESENTACIÓN

Uno de los fenómenos más notorios en las últimas décadas, que describe acaso el funcionamiento de los mercados no sólo en el ámbito interno, sino también a nivel mundial, lo constituye la demanda creciente y masiva de bienes y servicios –por una parte– y la tendencia a una explotación cada vez más concentrada y corporativizada de los recursos privados que se requieren para satisfacerla.

La vorágine de avances tecnológicos en el último tiempo, el desarrollo siempre impredecible de los medios de comunicación y los procesos ya habituales de integración económica a nivel mundial, han llevado a algunos autores a sostener incluso que el mundo es actualmente una sola fábrica y un único y gran mercado (Álvarez Soveranis, Jaime, Jurídica, México, N° 25, 1999, pp. 57-58), en donde la realización de actos mercantiles y la contratación en masa son ya la regla. La creación de enormes mercados de consumo, cada vez más exigentes y demandantes, constituye por lo mismo un fenómeno global que ha superado con mucho las concepciones dogmáticas y los principios que modelaron los distintos sistemas económicos durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX, mostrando actualmente experiencias híbridas tan exitosas como la china y síntomas de fatiga tan inesperados como los que ha debido enfrentar la economía mundial en los últimos cinco años, con la denominada crisis subprime norteamericana y la actual crisis financiera que mantiene en jaque a la Unión Europea y a su principal creación, el euro.

En este escenario entonces, por esencia cambiante, la sociedad de capital ha debido recorrer un camino cuyos ripios y obstáculos, si bien no han logrado mermar su papel protagónico en cuanto vehículo recolector de recursos privados y gestor de inversión y de desarrollo económico, la han enfrentado sin embargo a retos constantes que involucran, consecencialmente, una labor activa del derecho de sociedades de cara a la permanente transformación, perfeccionamiento y superación de sus conceptos y estructuras.

Son precisamente estos retos jurídicos, que ponen a prueba permanente la vocación evolutiva y el dinamismo que caracteriza al Derecho comercial en general, lo que nos ha motivado

a dedicar este nuevo volumen de los Cuadernos de Extensión Jurídica al estudio de algunos de los múltiples aspectos de interés que presentan actualmente las sociedades de capital, tanto en Chile como en el extranjero. Para ello, se incluyen en este volumen los trabajos de destacados autores nacionales y de connotados catedráticos y profesores extranjeros, de manera de entregar una visión más amplia de diversos aspectos que concitan actualmente la atención de la doctrina en materia de sociedades de capital.

Es así como los catedráticos españoles de Derecho mercantil Josefina Boquera Matarredona, Pilar Perales Viscasillas y Jesús Quijano González, nos ofrecen –respectivamente– una visión general sobre las diversas figuras que permiten el ejercicio individual de la actividad comercial con responsabilidad limitada en ese país; una exhaustiva revisión del arbitraje en las sociedades de capital, tomando como base la reciente modificación introducida a la Ley de Arbitraje española (60/2003, de 23 de diciembre) por la Ley N° 11/2011, de 20 de mayo; y un análisis completo de la evolución del derecho de sociedades español en la última década.

El profesor uruguayo Carlos López Rodríguez, por su parte, entrega un interesante estudio sobre la figura del administrador de hecho en las sociedades unipersonales de capital, lo que constituye un novedoso aporte para el estudio de una figura del mayor interés y que, sin embargo, se ha dejado de lado por la doctrina en Chile.

Entre los autores nacionales, por su parte, el abogado y doctorando de la Universidad de los Andes Cristián Olavarría se ocupa de definir un aspecto sobre el cual la doctrina no ha logrado un acuerdo y que apunta, en concreto, a determinar la naturaleza y alcances del sistema de arbitraje contemplado en la ley chilena de sociedades anónimas. El profesor Carlos Ruiz-Tagle aborda el desempeño de la sociedad anónima como instrumento de la industria aseguradora y, a partir de 1980, del mercado reasegurador. El profesor Alejandro Romero trata asimismo sobre los diversos aspectos procesales involucrados en el juicio de disolución de la sociedad anónima cerrada, planteando en tal sentido la naturaleza constitutiva de la acción de disolución y el carácter genérico de la causal que la justifica, en cuanto pautas para definir –a partir de allí– materias como la legitimación activa y pasiva, los alcances y pormenores del derecho a defensa, la valoración de la prueba y el acceso al juez natural en la doble vertiente que plantea el art. 125 de la Ley N° 18.046. La profesora Ángela Toso, por su parte, presenta un muy interesante trabajo de investigación

sobre la figura del lavado de dinero, enfocándolo en el preciso marco de las sociedades anónimas deportivas profesionales –Ley N° 20.019– en cuanto sujetos obligados por las medidas de prevención del lavado de activos en Chile. La profesora María Fernanda Vásquez analiza también, con acertada visión crítica, la normativa vigente en Chile sobre gobiernos corporativos y deberes de los administradores, proponiendo a partir de tal estudio una serie de importantes reformas a la legislación vigente. La profesora Sophía Romero, doctoranda de la Universidad de los Andes, se ocupa de la problemática que plantea el ámbito competencial de los árbitros de cara a la formación de la voluntad social en el seno de los órganos de la sociedad anónima. Por último, al suscrito le ha correspondido entregar un estudio sobre las sociedades anónimas de garantía recíproca en la legislación chilena, abordando en tal sentido su función como entidad intermediadora del crédito y facilitadora del financiamiento para la PyME, y una revisión de los principales aspectos de su estructura y funcionamiento.

Entregamos entonces a la comunidad jurídica el presente Cuaderno de Extensión, sin más afán que contribuir en alguna medida al estudio del Derecho comercial y de las sociedades de capital en particular, sujetos privilegiados del proceso de desarrollo económico y fuente inagotable de análisis jurídico.

*Eduardo Jequier Lehuedé
Editor*

EL SISTEMA DE ARBITRAJE EN LA LEY N° 18.046, SOBRE SOCIEDADES ANÓNIMAS. ¿FORZOSO O VOLUNTARIO?

CRISTIÁN OLAVARRÍA RODRÍGUEZ*

*Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile
Doctorando en Derecho Universidad de los Andes*

INTRODUCCIÓN

La Ley de Sociedades Anónimas, Ley N° 18.046, 22 de octubre de 1981, modificó sustancialmente las normas en materia de dichas sociedades, introduciendo, en lo que al presente trabajo interesa, nuevas disposiciones que regulan el arbitraje que resuelve los conflictos que puedan producirse durante la vigencia de las mismas incluyendo su liquidación.

Incorporó un nuevo artículo 4° N° 10, ubicado en el Título I “DE LA SOCIEDAD Y SU CONSTITUCIÓN”, al tratar el contenido de la escritura social, disponiendo que en dicha escritura las partes deben establecer la naturaleza del arbitraje que conozca las diferencias que se puedan originar entre los socios en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, ya sea durante la vigencia de la sociedad como en su liquidación. Agrega que si los contratantes nada dijeren las resoluciones serán sometidas a árbitro arbitrador. Pero eso no es todo, en materia de arbitraje la referida ley agregó el artículo 125, ubicado en el Título XII, “DEL

* Este trabajo fue elaborado para la aprobación del curso Conflicto Societario Mercantil en el Derecho Societario Chileno, dictado por el profesor Dr. Eduardo Jequier Lehuédé dentro del Programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, durante el año académico 2011.

Principales abreviaturas utilizadas: Constitución Política del Estado (CPE); Ley de Sociedades Anónimas (LSA); Código Orgánico de Tribunales (COT); Código de Comercio (CCo); Código Civil (CC); Código del Trabajo (CdeT); Diario Oficial (DO); Corte Suprema (CS); Ley de Mercado de Valores (LMV); Sentencia Corte de Apelaciones (SCA); Sentencia Corte Suprema (SCS); Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de Comercio de Santiago (CAM).

ARBITRAJE”, modificado posteriormente por la Ley N° 20.382¹, de 20 de octubre de 2009, que en su primer inciso complementa el artículo 10 N° 4 precisando su contenido. Indica que los estatutos de la sociedad deben establecer la forma de designación de los árbitros y que, en ningún caso, pueden referirse a personas determinadas. A su vez, el inciso 2° de dicha disposición establece la facultad del demandante en los casos establecidos en la ley de sustraer el conflicto de la competencia de los árbitros y someterlo a la justicia ordinaria, lo que ha producido una serie de dudas y cuestionamientos en cuanto a su sentido, alcance y ámbito de aplicación, objeto del presente trabajo.

Las normas antes mencionadas colisionan con el artículo 227 N° 4 del COT en la parte referida a las sociedades anónimas, que establece que las cuestiones o diferencias que ocurriesen entre los socios deben ser resueltas por árbitros. Así también, se contraponen al artículo 415 del CCo que obliga a someter a compromiso las diferencias entre socios en el caso que las partes lo hubieren omitido de la escritura social.

Las indicadas disposiciones producen el problema de si los conflictos que se originen en las sociedades anónimas se sujetan a arbitraje obligatorio conforme al 227 del COT o bien, las partes pueden sustraerse libremente del arbitraje conforme lo establece el artículo 125 inciso 2° de la LSA.

Es así que una materia que parecía medianamente pacífica como es la de a quién correspondía la competencia de los asuntos que se suscitaban entre los socios de las sociedades anónimas, con las modificaciones efectuadas por la Ley N° 18.046 ha pasado a ser un tema ambiguo, conflictivo y discutido hasta nuestros días. Es así que las características de las normas antes indicadas han generado diferentes y contrarias posiciones en la doctrina chilena, acerca de si el arbitraje en las sociedades anónimas es voluntario o forzoso. Son tan disímiles las posiciones que algunos consideran los artículos de la LSA referidos al arbitraje completamente contradictorios como, a su vez, otros, los consideran complementarias, lo que tiene implicancia en sus efectos, específicamente los relacionados a la competencia de los árbitros o de los tribunales ordinarios en las sociedades anónimas. Existen así posiciones que consideran el arbitraje como facultativo del demandante, otro facultativo en los casos establecidos en la ley y no comprendido en el pacto social y una última y moderna posición que concluye que el arbitraje no es voluntario ni forzoso, siendo un sistema *sui generis*. A nuestro juicio, el arbitraje que resuelve conflictos en sociedades anónimas es voluntario con algunas particularidades especiales que no lo alcanzan a privar de dicho carácter y tampoco permiten darle el carácter de forzoso.

¹ Ley que “Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas”, con vigencia a partir del 1° de enero de 2010.

Dicho lo anterior, independiente de las posiciones que existan, la LSA en la parte referida a arbitraje debiera ser revisada considerando que actualmente el arbitraje es reconocido como una herramienta útil y adecuada en el campo del derecho comercial, no siéndole, actualmente por la doctrina, desconocida sus atributos. Así: *“El derecho comercial no puede ser una disciplina grávida y obturadora del progreso de las instituciones de la vida social, ni quedar, por ende, prisionero en la letra fría de sus normas, siempre variables y dinámicas, en desdén a las multifacéticas e inevitables exigencias que la realidad de la vida económica le impone. De ahí que para escudriñar la dificultad y resolver la disputa, no puede prescindirse del concurso del especialista, que junto al tacto jurídico añade el sentido práctico que le permitirá apreciar más fácilmente una situación de hecho, lo que se acomoda mejor a las necesidades del negocio”*². De esta manera, en materia comercial como en otras áreas del derecho, debe darse fuerza a la seguridad jurídica, la que resulta afectada cuando las normas que permiten determinar la resolución de conflictos no son claras. No resulta conveniente que nuestro derecho contenga normas vagas y poco claras, que permitan dar las más variadas alternativas que no logren llegar a un punto de encuentro en la doctrina, especialmente cuando se trata de la resolución de conflictos.

Pues bien, el presente trabajo trata acerca de la existencia o no obligatoriedad del arbitraje en sociedades anónimas. En principio, nos referiremos a algunos aspectos del arbitraje forzoso y sus efectos; acto seguido a las normas que regulan el arbitraje en materia de sociedades anónimas, la doctrina nacional y la jurisprudencia. Finalmente, formularemos nuestra opinión o postura acerca de la problemática introducida por el N° 10 del artículo 4° y artículo 125 de la LSA de la Ley N° 18.046.

I. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES ACERCA DEL ARBITRAJE FORZOSO Y VOLUNTARIO

El arbitraje forzoso, a diferencia del arbitraje voluntario, es aquel que es impuesto imperativamente por la ley como único procedimiento para resolver determinados litigios³. En este sentido, a través de un mandato legal se excluye la competencia de los tribunales ordinarios otorgándose a los árbitros para conocer de determinados asuntos. Aylwin explica que: *“no es necesario en los casos de arbitraje forzoso, que las partes pongan de acuerdo para sustraerse a las jurisdicciones ordinarias y someterse a árbitros; la propia ley lo excluye absolutamente la competencia de los*

² GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, *Del Arbitraje en general y en particular en el contrato de seguro y en el ámbito de la vida del comercio*, en Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar (coord. Eduardo Picand Albónico), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 312.

³ AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El Juicio Arbitral*, Fallos del Mes M.R., 4ª edición, Santiago, 1982, p. 95.

*tribunales oficiales y la concede en forma privativa, a jueces compromisarios; estos pasan a ser tribunales obligatorios con jurisdicción ordinaria, como los jueces permanentes*⁴. Resulta interesante lo señalado por dicho autor por cuanto las mencionadas normas de la LSA si bien son complejas, en su conjunto, en ningún caso privan a las partes de su voluntad para derivar sus conflictos de la justicia arbitral, a diferencia de lo que ocurre en otras materias, lo que, sin perjuicio de lo que se expondrá en este trabajo, nos aleja la idea de que en Chile exista un arbitraje forzoso en conflictos originados en las sociedades anónimas, inclinándonos a la postura voluntarista.

En cuanto al arbitraje forzoso, consideramos interesante destacar que constituye una herencia del derecho medieval y por ello muy anterior al constitucionalismo moderno u iusnaturalismo racionalista que se origina a fines del siglo XVIII. Lo que ha implicado que dicho arbitraje sea actualmente cuestionado frente al surgimiento de instituciones o derechos de origen posterior como son, entre otros, la libertad y la igualdad de las personas. Al respecto, Jequier⁵ señala que la libertad del individuo resulta afectada en una dimensión positiva y negativa. La primera por cuanto el Estado obliga en ciertos casos a las personas a utilizar el arbitraje aun contra su voluntad y autonomía, no obstante tratarse de derechos disponibles. La segunda debido a que el Estado impide a las personas que recurren o hagan uso del derecho a la tutela efectiva, en relación a los tribunales estatales de justicia o derecho al juez natural, cuestionando dicho autor el arbitraje a que nos abocamos, al sostener que tales derechos no pueden ser afectados en su esencia al punto de impedir su ejercicio, conforme al artículo 19 N° 26 de la CPE de 1980. Asimismo, sostiene que dicho arbitraje afecta la igualdad de las personas contemplada en el artículo 19 N° 1 inciso 1° de la CPE de 1980 al imponer el arbitraje a ciertos individuos –los que señala la ley– y no a otros que detentan la misma calidad en casos semejantes, como ocurriría con el mecanismo arbitral regulado en el artículo 40 de la Ley N° 19.281, de 27 de diciembre de 1993, que establece normas sobre arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa. Concluye finalmente que la imposición del arbitraje desnaturaliza tal institución y colisiona con los derechos fundamentales antes indicados. En relación a lo anterior, opina que la promoción del arbitraje debe provenir de su fortalecimiento como mecanismo al que las partes puedan recurrir libremente en busca de soluciones de mayor calidad, rapidez, eficacia y privacidad, pero no de una imposición del legislador, debiendo ser revisada la legislación de arbitraje interno en Chile. En ese sentido, destaca que la actual normativa de arbitraje comercial interna-

⁴ *Ibidem*, p. 75.

⁵ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, “El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)” en “*Estudios Constitucionales*”, Año 9, N° 2, 2011, pp. 464-470.

cional no contempla el arbitraje forzoso, precisando que ésta constituye una figura de excepción ya erradicada del derecho comparado con muy escasas y relativas excepciones.

Dicho lo anterior, nuestra legislación establece casos de arbitraje forzoso, considerando la especialización y complejidades de las materias. El artículo 227 COT establece varios casos que son materia de arbitraje obligatorio, entre otros, liquidación de sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil y la de las comunidades; la partición de bienes; las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta de un gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas y los demás que determinen las leyes. Entre estos últimos se encuentran las controversias que se derivan de hechos, actos y contratos a que dé lugar el comercio o la navegación, incluido los seguros marítimos conforme al artículo 1203 del C. de C. y las controversias que se produzcan entre las partes en materia de arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa en los términos que dispone el artículo 40 de la Ley N° 19.281.

Sin embargo, en el arbitraje de sociedades anónimas se presentan, considerando la ambigüedad de las normas que la regulan, discusiones acerca de si es o no forzoso existiendo las más dispares opiniones entre los autores nacionales. En cuanto a la jurisprudencia esta resulta escasa, pero sus criterios de resolución, en las sentencias que hemos podido revisar, han sido uniformes en el sentido de otorgar fuerza a la voluntad de las partes expresada en el pacto social, otorgando, a nuestro juicio, la seguridad jurídica que las normas mencionadas de la LSA no establecen.

La importancia de que un arbitraje tenga o no la calidad de forzoso no resulta indiferente por cuanto el establecimiento de arbitraje obligatorio produce, entre otros efectos, aquél consistente en que los tribunales ordinarios de justicia serán incompetentes para conocer de los litigios sometidos a tales clases de arbitraje. Lo anterior considerando que se trata de norma de orden público, por ello, indisponible. Otro efecto que produce este arbitraje consiste en que, resuelta la incompetencia de los tribunales ordinarios, las partes deben constituir el juicio arbitral designando a la persona del árbitro y los límites materiales del litigio. En el ámbito de las sociedades anónimas, en este tipo de casos siempre se deberá proceder a designar al árbitro debido a que por expresa disposición legal, artículo 125 inciso 1° de la LSA, en caso alguno puede nominarse en los estatutos sociales a una o más personas determinadas como árbitros⁶.

⁶ La prohibición antes indicada ha sido justificada por algunos autores. TORRES, en su artículo "El arbitraje en la Ley de Sociedades Anónimas", es partidario de la misma explicando que su fundamento radica en que la sociedad anónima puede incorporar nuevos accionistas —por la vía de cesiones o trasposos de acciones— que no participaron en el otorgamiento del estatuto social, a quienes se les impondría un juez árbitro en cuya designación no han podido participar, no resultando conveniente la designación a priori. Agrega que la designación

II. EL ARBITRAJE EN LA LEY N° 18.046. LOS ARTÍCULOS QUE LO REGULAN

La Ley N° 18.046, como ya adelantamos, regula en sus artículos 4 N° 10 y 125 el sistema de arbitraje que la rige, destinado a solucionar conflictos entre los socios y entre éstos y la sociedad o la administración de la misma.

Las normas antes indicadas se refieren a conflictos que puedan suscitarse entre los socios en su calidad de tales o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sean durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación; norma que resulta más amplia que las leyes anteriores, que sólo se limitaban a los accionistas.

El artículo 4 N° 10 de la LSA dispone que: *“La escritura de la sociedad debe expresar: (...) 10) La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada dijere se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador”*.

A su vez, el artículo 125 de la misma ley señala que: *“En los estatutos sociales se establecerá la forma cómo se designarán el o los árbitros que conocerán las materias a que se refiere el N° 10 del artículo 4° de la presente ley. En caso alguno podrá nominarse en ellos a una o más personas determinadas como árbitros.*

El arbitraje que establece esta ley es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, el demandante pueda sustraer su conocimiento a la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria. Este derecho no podrá ser ejercido por los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad. Tampoco por aquellos accionistas que individualmente posean, directa o indirectamente, acciones cuyo valor libre o bursátil supere las 5.000 unidades de fomento, de acuerdo al valor de dicha unidad a la fecha de presentación de la demanda”.

El artículo 227 N° 4 COT, indica en la parte referida a problemas societarios, que: *“Deben resolverse por árbitros los siguientes asuntos: (...)*

de un árbitro constituye un acto colectivo de confianza en el que las partes designan, ante el surgimiento de un conflicto, un juez ad hoc para su resolución, razón por la cual no es indiferente quien ejerza la función jurisdiccional (TORRES ZAGAL, Oscar, “El Arbitraje en la Ley de Sociedades Anónimas Chilena”, disponible en la página web del CAM en http://www.camsantiago.cl/articulos_online_3.htm. Consultada el 20 de octubre de 2011). En sentido contrario, JEQUIER señala, citando la DGRN de España, que si el convenio arbitral forma parte del estatuto social *“se independiza la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más como ocurre con todas sus estipulaciones por lo demás –de manera que sus efectos y en particular la designación explícita de los árbitros– vinculan no sólo a los administradores y a la propia sociedad”* (JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Arbitraje forzoso, arbitrabilidad y arbitraje societario. Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno y español*, Tesis Doctoral, Facultad de Dret, Departament de Dret Administratiu i Procesal. Area de Procesal. Universitat de Valencia, 2009, p. 539). Además, queda vinculado al pacto social por lo dispuesto en el artículo 22 de la LSA que establece que la adquisición de acciones de una sociedad implica la aceptación de los estatutos sociales.

4° *Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio*”.

De la sola lectura de las normas antes indicadas se desprende una ambigüedad en la regulación del arbitraje. En ninguna parte se establece de manera directa que se aplica el arbitraje en los conflictos originados en las sociedades anónimas, sino que se menciona la naturaleza del arbitraje y la forma en que se debe regular. Agrava la confusión la opción jurisdiccional que concede el inciso 2° del artículo 125 antes mencionado que faculta al demandante para acudir al arbitraje o a la justicia ordinaria. También resulta confuso el artículo al regular la opción, por cuanto indica que dicha facultad opera en casos de *“arbitraje que establece esta ley”*, lo que tampoco resulta claro, originando un nuevo foco de oscuridad. ¿Qué es lo que establece la ley?

En este sentido, pareciera que se trata de normas no muy bien logradas que producen el cuestionamiento acerca de la existencia o no de arbitraje forzoso en materia de sociedades anónimas. Ello produce la razonable duda acerca de si los socios de una sociedad anónima se encuentran obligados a respetar el compromiso asumido en el pacto social de someterse a una justicia arbitral, o bien, si pueden desatenderlo y concurrir a los tribunales de justicia a someter los eventuales conflictos que pudieran suscitarse.

Dicho problema no se debe apreciar someramente por cuanto afecta la seguridad jurídica e incluso pueden incrementar los conflictos entre las partes, en el sentido de que ante diferencias los socios escojan concurrir a la justicia que más le convenga de acuerdo a sus intereses, aun cuando sean opuestos con los de la sociedad. En otras palabras, una normativa poco clara puede ir contra la misma institución que se pretende regular y proteger.

III. ANTECEDENTES DE LA LEY N° 18.046

El proyecto de ley replicaba en lo sustancial el sistema de arbitraje establecido en el Código de Comercio, regulado específicamente por los artículos 426 N° 11 que se remitía a los artículos 352 N° 10 y 415 del C. de Com. Este último artículo dispone que si las partes omiten establecer en la escritura social si las controversias se someten o no arbitraje, se someten a compromiso. Es decir, contemplaba un arbitraje forzoso cuando los accionistas nada decían⁷.

⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Arbitraje forzoso, arbitrabilidad y arbitraje societario. Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno y español*, Tesis Doctoral, Facultat de Dret. Departament de Dret Administratiu i Procesal. Area de Procesal. Universitat de València, 2009, p. 529.

Morand en relación al proyecto de ley dice que: “en el texto original que se propuso, el arbitraje era facultativo en caso de divergencias entre accionistas o entre éstos y la sociedad o sus administradores. La Comisión Conjunta acordó recomendar esa norma, pero con la salvedad de que el arbitraje se hiciera forzoso y que, en el silencio de los estatutos, la calidad de árbitro fuera de arbitrador”⁸, que es lo que indica el N° 10 del artículo 4. Agrega que: “Más adelante al tratar el artículo 125, la comisión propuso modificarlo y hacerlo coincidente con el artículo 4 N° 10 que establece el arbitraje forzoso. Agregó también la Comisión que se acordó “incorporar un inciso que permita a las partes en conflicto someter sus diferencias a la justicia ordinaria. Con ello, además, se elimina la actuación de la Superintendencia como árbitro”. El resultado final fue lo propuesto por la Comisión Conjunta.

A Jequier le llama la atención que los propios comisionados hayan predicado el carácter forzoso del arbitraje al interior de las sociedades anónimas y, acto seguido, ellos mismos lo hayan desfigurado al incorporar el derecho de opción jurisdiccional a que se refiere el artículo 125 inciso 2° de la LSA⁹.

Relacionado con esta ley, cabe referirse a la Ley N° 18.045 de LMV, publicada el mismo día que la Ley N° 18.046 y modificada por la Ley N° 19.301 de 19 de marzo de 1994, en cuyo artículo 104 letra h) dispone, en términos bastante similares al N° 10 del artículo 4 de la Ley N° 18.046, que la escritura de emisión de valores debe indicar el arbitraje. Sin embargo, a continuación dispone que no obstante lo dispuesto en el inciso precedente, al producirse un conflicto, el demandante siempre podrá sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria. Se trata de una redacción que a diferencia de la Ley N° 18.046, permite, al suscitarse un conflicto y cualquiera sea el tenor de la cláusula compromisoria o en el silencio de ella, recurrir a la justicia ordinaria, no presentando la ambigüedad de las sociedades anónimas.

Pero la historia del artículo 125 inciso 2° de la LSA no terminó en el año 1981, sino que la Ley N° 20.382 que “Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas”, de 20 de octubre de 2009, con vigencia a partir del 1° de enero de 2010, lo modificó en el sentido que prohibió el derecho de opción jurisdiccional a los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad como también a aquellos accionistas que individualmente posean, directa o indirectamente, acciones cuyo valor libro o bursátil supere las 5.000 unidades de fomento, de acuerdo al valor de dicha unidad a la fecha

⁸ MORAND VALDIVIESO, Luis, *Jurisdicción Arbitral y Justicia Ordinaria en Sociedades Anónimas*, en Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar (coord. Eduardo Picand Albónico), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 331 y 332.

⁹ JEQUIER LEHUEDÉ, ob. cit., p. 533.

de presentación de la demanda. La Comisión de Hacienda indica que dicha norma busca que *“se impida que insiders y accionistas importantes, puedan sustraer del arbitraje las cuestiones que se puedan ventilar en el curso de la vida social”*¹⁰. Nos parece correcto que se haya clarificado que los gerentes, administrativos y ejecutivos principales no puedan sustraerse a su arbitrio y en calidad de demandante de la justicia arbitral, ya que la opción en estos casos podría atentar de manera más gravosa frente a los intereses de la sociedad. En cuanto a la prohibición del ejercicio de la opción de accionistas determinada por el valor de sus acciones considero que son criterios no jurídicos y relativos, no cooperando con la certeza y claridad que deben tener las normas.

Los cuestionamientos a las normas de arbitraje en la sociedad anónima introducidas por la Ley N° 18.046 han determinado reformas a la misma, pero lamentablemente no se procedió a corregir correctamente la ambigüedades de la norma, sino que sólo se la limitó considerando sobre la base de cuantía y ciertos cargos, manteniéndose en términos generales los mismos problemas, dudas y cuestionamientos que existen desde su dictación.

IV. OPINIONES DE TRATADISTAS NACIONALES ACERCA DE LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

La poca claridad de los artículos que regulan el arbitraje en las sociedades anónimas ha generado en la doctrina nacional diferentes criterios o posiciones acerca de la naturaleza de dicho arbitraje en Chile. Estas son:

1. EL ARBITRAJE ES FACULTATIVO. EL SOCIO LITIGANTE DETERMINA LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE

Torres sostiene que existe una aparente controversia en las normas. Sin embargo, producido el conflicto en una sociedad anónima el demandante puede optar entre someterse a la justicia arbitral o recurrir a la justicia ordinaria para su resolución. Lo anterior sobre la base del texto expreso del mencionado artículo 125 inciso 2° de la LSA. Explica que en sociedades anónimas el arbitraje es de naturaleza facultativa o voluntaria; pero no para ambas partes en conflicto, sino que exclusivamente es el accionista litigante quien adopta a su arbitrio la decisión unilateral de someterse a una u otra justicia. La norma mencionada entrega a su elección la posibilidad de interponer la demanda ante la justicia ordinaria o bien, solicitar la designación del juez árbitro para dirimir la controversia. Explica que: *“la expresión gramatical “sustraer” que utiliza el legislador*

¹⁰ Informe Comisión de Hacienda, Historia de la Ley N° 20.382, Boletín N° 5.301-05, p. 63.

es clave para resolver esta aparente contradicción de normas, ya que si el demandante puede sustraer o restar el conflicto de él o los árbitros de la cláusula compromisoria y someterla a los tribunales ordinarios, quiere decir que tiene poder o facultad de prescindir a su arbitrio de dicha cláusula, siendo un derecho potestativo del accionista o bien un derecho disponible a su solo arbitrio, lo que no significa desconocer la fuerza obligatoria de las convenciones o contratos”¹¹. Agrega que dicha facultad no infringe el artículo 1545 del CC. Sin embargo, el autor no expone argumentos acerca de por qué la tesis que propone no implicaría desconocer la fuerza de los contratos o el principio del *pacta sunt servanda*, no profundizando en este tema. Dicho argumento resulta contradictorio cuando el mismo autor fundamenta, sobre la base de dicho principio, la procedencia del arbitraje en los pactos de accionistas¹². Asimismo, sostiene que el artículo en análisis modificó el artículo 227 N° 4 COT que establecía que estas materias eran de arbitraje forzoso. A su vez, desconoce el artículo 22 de la LSA en el sentido que la adquisición de acciones de una sociedad implica la aceptación de los estatutos sociales, entre otros.

Hace presente en su análisis que conforme a lo establecido en el artículo 74 de la CPE, la ley que determina la organización y atribuciones de los tribunales, es ley de carácter orgánico constitucional, el cual tendría el COT en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 transitorio de la CPE, en cambio la Ley N° 18.046 es de mayoría simple. Sin embargo, indica que no existieron reparos u observaciones cuando las normas en estudio fueron sometidas al proceso de revisión del Tribunal Constitucional. Tampoco dicho autor realiza una visión crítica sobre este aspecto. Esta opinión es criticada por lo mismo por Jequier, quien sostiene que los árbitros no son tribunales de justicia ni forman parte del poder judicial, no existiendo conflicto jerárquico de normas¹³.

En todo caso, y no obstante sostener que el arbitraje es facultativo, el señalado autor reconoce también que el artículo 125 inciso 2° de la LSA no es claro y constituye un retroceso, ya que tradicionalmente los conflictos jurídicos societarios de accionistas entre sí y el órgano de la administración habían sido materia de arbitraje forzoso. Es así que indica que “la actual regulación en materia de solución de conflictos en la so-

¹¹ TORRES ZAGAL, Óscar, “El Arbitraje en la Ley de Sociedades Anónimas Chilena”, disponible en la página web del CAM en http://www.camsantiago.cl/articulos_online_3.htm Consultada el 20 de octubre de 2011

¹² TORRES ZAGAL, ob. cit., p. 7. “Las conclusiones señaladas anteriormente, no son aplicables a los pactos de accionistas o convenciones para societarias como las denomina la doctrina mercantilista, ya que los pactos son suscritos entre accionistas para regular materias específicas entre éstos y es común y habitual que se establezcan pactos compromisorios y designación precisa de árbitros, calidades y otros, materias de arbitraje voluntario, cláusula compromisoria que si tienen fuerza obligatoria de la llamada “ley de los contratos” del artículo 1545 del Código Civil, para conocer y resolver conflictos entre accionistas que se encuentran vinculados por los llamados “pactos de accionistas”.

¹³ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Arbitraje forzoso, arbitrabilidad y...* ob. cit., p. 544.

ciudad anónima rompió una antigua tradición en nuestro derecho, que creemos que debería ser objeto de una reforma a la ley vigente, volviendo al sistema de arbitraje forzoso"¹⁴. Lo de la tradición también es cuestionado por Jequier, quien indica que de acuerdo a la historia de la ley, en el estatuto social podía pactarse que los conflictos mencionados no serían resueltos por árbitros, en cuyo caso podían los accionistas ocurrir a los órganos jurisdiccionales para la solución de los mismos¹⁵. Agrega que la referida norma va en contra de la conveniencia de ampliar las materias de arbitraje en Derecho comercial sustrayéndolas del conocimiento de la justicia ordinaria, la que estaría sobrecargada de gran cantidad y variedad de litigios civiles prefiriendo el establecimiento de jueces especiales vía jurisdicción arbitral.

El arbitraje facultativo también es aceptado por Aylwin, quien sostiene que las normas mencionadas serían contradictorias argumentando que la obligatoriedad que establece el artículo 4 N° 10 de la LSA sería contradicha por su artículo 125 inciso 2° al dejar a la voluntad del demandante acudir al arbitraje o a la justicia ordinaria¹⁶. No explica nada más en el desarrollo de su posición.

Por otra parte, Sandoval acepta la existencia del arbitraje facultativo, pero, a diferencia de Aylwin, no encuentra que exista una contradicción entre los artículos 125 inciso 2° y N° 10 del artículo 4° de la LSA, por cuanto la última norma no establece un arbitraje forzoso, sino que se refiere a la naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidos los conflictos, lo que queda en evidencia cuando el referido artículo dispone que si las partes nada dicen se entiende que el árbitro tiene la calidad de arbitrador¹⁷. No indica más argumentos que apoyen su posición.

Sin perjuicio de que estos últimos autores aceptan el carácter voluntario del arbitraje, lo cierto es que cada uno parte de premisas completamente contrapuestas¹⁸, quedando en evidencia que las normas legales que comentamos no han sido bien logradas y que, por el contrario, generan un manto de dudas y cuestionamientos en esta materia. Así es como el primero se refiere a una contradicción entre las normas, lo que es rechazado por el segundo.

¹⁴ TORRES ZAGAL, ob. cit., p. 6.

¹⁵ JEQUIER LEGUEDÉ, Eduardo, *Arbitraje forzoso, arbitrabilidad y...* ob. cit., p. 546.

¹⁶ AYLWIN AZÓCAR, Patricio, ob. cit., p. 95.

¹⁷ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Comercial. Organización Jurídica de la Empresa Mercantil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 3ª edición, Santiago, 1990, p. 583.

¹⁸ ROSSEL COWPER, Sergio, "Comentario a sentencia de Corte Suprema de 24 de agosto de 1992", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. LXXXIX, sección primera, segunda parte, 1992, p. 131.

2. EL DERECHO DE OPCIÓN JURISDICCIONAL SURGE EN LOS CASOS EN QUE NO SE ACUERDA EL ARBITRAJE EN EL PACTO SOCIAL. EN CASO DE ENCONTRARSE ACORDADO EL ARBITRAJE DEBE RESPETARSE, NO APLICÁNDOSE LA OPCIÓN ANTES INDICADA

Esta teoría es contraria a la anterior, sostenida en un principio por Rossel, cuyo postulado consiste en que la posibilidad de optar entre arbitraje y justicia ordinaria sólo se produce, conforme a lo dispuesto en el artículo 125 inciso 2° de la LSA en los casos establecidos en esta ley y no cuando las partes han estipulado el arbitraje. Precisa que, conforme al N° 10 del artículo 4 LSA, “*el arbitraje establecido en esta ley*” a que se refiere el artículo 125 inciso 2° es aquel supletorio de la voluntad de las partes, cuando éstas nada han dicho en la escritura social. Aclara que si éstas acuerdan una cláusula arbitral no hay arbitraje establecido por la ley, sino que uno pactado por las partes y en esa eventualidad debe respetarse el pacto en los términos que impone el artículo 1545 del CC¹⁹.

Cuestiona el artículo 125 inciso 2° de la LSA en relación al N° 4 del artículo 10, manifestando que sería inútil el pacto arbitral si queda al mero arbitrio del demandante la decisión de no cumplirlo, indicando que: “*Si se pretendiera que cada vez que las partes pactan un compromiso, queda al arbitrio del demandante no cumplirlo, demandando ante la justicia ordinaria, ¿cuál sería la utilidad del pacto?* En efecto, dice que no obligaría nunca, ya que dependería sólo del demandante la decisión de cumplirlo. En relación a este aspecto, cuestiona el hecho que en ese caso, para el demandado siempre sería obligatorio dicho pacto atendido que la voluntad expuesta en el pacto quedaría a merced de quien inicia el juicio. Dice que: “*cuando se estipula un compromiso, es porque ambas partes deciden someter sus diferencias a una jurisdicción especial y no para que ello lo aproveche una sola cuando estime que le conviene*”, siendo ilógica y poco coherente con el derecho dicha alternativa.

Expone que resulta conforme a las normas que rigen los contratos, cuando se interpretan los artículos en cuestión, que el demandante puede acudir a la justicia ordinaria a falta de estipulación de las partes. En este sentido: “*Cuando las partes nada dicen, la ley presume que desean litigar ante un arbitrador, no obliga a ello, pues emplea los términos “entenderá” y no otros significativos del arbitraje legal forzoso y en ese evento el demandante destruye la presunción acudiendo ante el juez común*”. Acto seguido, explica que la palabra “*entenderá*” demuestra que el legislador sólo pretendió presumir la voluntad de los contratantes. Si nada dicen, supone que desean ir a un arbitraje, pero no obliga a ello, destruyendo el demandante la presunción por el hecho de acudir al juez ordinario. En

¹⁹ ROSSEL COWPER, ob. cit., p. 129.

cambio, si es pactado el arbitraje hay voluntad expresa, la que es necesario respetar. Cuestiona la tesis que sostiene que el demandante pueda concurrir siempre a la justicia ordinaria cuando las partes hayan establecido el arbitraje en la cláusula compromisoria, porque ese no sería el “*arbitraje establecido por la ley*” a que se refiere el artículo 125 inciso 2° de la LSA, constituyendo el objetivo de la norma determinar el arbitraje cuando las partes nada han dicho, expresando que: “*Si esta cláusula falta, el legislador se limita a establecer que las diferencias ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores serán sometidos a un árbitro arbitrador. Este es el arbitraje legal que el inciso 2° del artículo 125 admite que pueda obviarse por el demandante presentándose a la justicia ordinaria*”.

Es por todo lo anterior que concluye que el artículo 125 inciso 2° de la LSA no puede referirse a una cláusula compromisoria estipulada en los estatutos, porque ella es ley para los contratantes de acuerdo al artículo 1545 del CC de manera que no pueden dejar de cumplirla.

3. EL DERECHO OPCIONAL DE JURISDICCIÓN SURGE EN EL CONVENIO ARBITRAL QUE NO SE SEÑALA LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE²⁰

A su vez, Puelma sostiene que la facultad de demandar a la justicia ordinaria procede en el caso que el pacto social no indique la calidad o naturaleza del arbitraje, indicando que: “*Sólo se permite que los estatutos contengan estipulaciones que determinan que puede conocer de los conflictos sociales un árbitro de derecho, un arbitrador o un árbitro mixto. No está permitido estipular que los conflictos sociales los conozca la justicia ordinaria. Los tribunales ordinarios sólo tienen competencia de excepción en la resolución de los conflictos sociales, cuando la ley en forma expresa la establece*”²¹. La ley, específicamente el N° 10 del artículo 4 de la LSA, se refiere al caso del convenio arbitral que no establece la naturaleza del arbitraje, por lo que sólo en el caso que en el pacto no se establezca la calidad del arbitraje se tendría el derecho de opción que establece el artículo 125 inciso 2° de la LSA. Así concluye que: “*si el estatuto omite señalar la calidad de los árbitros y corresponde, por ende, aplicar la regla de que en tal caso se trata de un arbitrador, el art.125 de la L.S.A. otorga al demandante la opción de demandar ante la justicia ordinaria. No se tiene tal opción si los estatutos contienen una convención sobre arbitraje, aunque reproduzcan, la regla contenida en*

²⁰ Se trata de una clasificación efectuada por JEQUIER en la tesis doctoral antes mencionada, p. 552.

²¹ PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades*, Tomo II, Sociedad Anónima, Editorial Jurídica de Chile, 1996, Santiago, p. 620.

el N° 10 del art. 4° de la LSA En efecto, el art. 125 inc. 2° de la LSA otorga el derecho opcional respecto del “arbitraje que establece la ley” y el único arbitraje establecido en la Ley N° 18.046 es aquél ante arbitrador, a falta de estipulación estatutaria”²².

Morand sostiene que: “pareciera que esta posibilidad sólo opera en silencio de los estatutos, ya que ese sería el arbitraje que establece la ley”²³. El asunto no es claro, pero resultaría absurdo que, si los estatutos previeron la forma de designación del árbitro y lo calificaron, sea de derecho o arbitrador, el demandante, persona siempre regida por los estatutos sociales, pueda por su simple voluntad, desconocer la cláusula arbitral”²⁴. Sin embargo, años más tarde, 2006, en un nuevo artículo dicho autor es más claro, deja sus dudas e indica derechamente que sólo en el caso que las partes no se hayan pronunciado sobre la solución de conflictos en una cláusula compromisoria contenida en los estatutos, operará la posibilidad de que el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterla a consideración de la justicia ordinaria²⁵. A su vez, en este aspecto, al igual que Rossel, argumenta que lo acordado por las partes es ley para éstas, no pudiendo ser dejado sin efecto sino que por voluntad de las mismas. Como consecuencia de lo anterior el legislador debe respetar la cláusula compromisoria establecida en los estatutos sociales, siendo posible sólo en el silencio de las partes y a falta de voluntad de las mismas, que el legislador desconozca el arbitraje y permita recurrir a la justicia ordinaria. Precisa que: “A falta de voluntad de las partes y sólo en tal caso operaría “el arbitraje que establece la ley” y también sólo en ese caso, la ley no atropellaría los derechos de las partes, al invitar al actor a recurrir a la justicia ordinaria”²⁶.

La principal crítica a esta postura es que no explica ni permite conciliar la primacía de la voluntad unilateral por sobre el convenio arbitral estatutario cuando éste nada diga en cuanto a la naturaleza del arbitraje considerando que en ese caso el demandante podría ejercer la opción jurisdiccional del artículo 125 inciso 2° de la LSA²⁷.

²² PUELMA ACCORSI, ob. cit., p. 621.

²³ Dice el autor: “Las partes en el estatuto pueden establecer: a) Que el o los árbitros serán de derecho; b) Que serán mixtos, lo que a su vez tiene dos variantes: de derecho en el fondo y arbitrador en el procedimiento y viceversa; c) Que serán arbitradores, según lo que señale el estatuto. En ninguno de estos casos u otros análogos puede afirmarse que estemos en presencia del “arbitraje establecido por esta ley”, ya que precisamente las partes han adoptado uno diferente y con características propias”. (MORAND VALDIVIESO, Luis, *Jurisdicción Arbitral y Justicia Ordinaria en...*, cit., p. 331).

²⁴ MORAND VALDIVIESO, Luis, *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 68 y 69.

²⁵ MORAND VALDIVIESO, Luis, *Jurisdicción Arbitral y Justicia Ordinaria en...*, ob. cit., p. 330.

²⁶ *ibídem*, p. 331.

²⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Arbitraje forzoso, arbitrabilidad y...* ob. cit., p. 556.

4. SISTEMA DE ARBITRAJE *SUI GENERIS*. NO ES FORZOSO NI OBLIGATORIO

Es la tesis sostenida por Jequier, en el sentido que el arbitraje establecido por la LSA no es forzoso ni voluntario, sino que constituye un sistema especialísimo propio y único producido por el artículo 125 de la LSA, que permite al demandante optar unilateral y discrecionalmente por sustraer el asunto del conocimiento de los árbitros para someterlo a la justicia ordinaria. De esta manera, las normas que lo regulan no permitirían encasillarlo como forzoso o voluntario por lo que tendría una fisonomía *sui generis*.

Indica que sólo tiene una inspiración pragmático-finalista que no considera la naturaleza jurídica del convenio arbitral, ni tampoco la fuerza vinculante del estatuto social que lo contiene. Expone que: *“la prohibición contenida en el artículo 125 inc. 1° de la LSA y el derecho de opción potestativa que se reconoce al demandante en su inc. 2°, trasuntan incluso un halo de prejuicio o a lo menos cierto recelo frente a la institución arbitral, lo que paradójicamente se origina en y se alimenta por el carácter forzoso con que el propio legislador la ha instaurado en el art. 4 N° 10 de la LSA”*²⁸.

V. JURISPRUDENCIA

Destaca sentencia de la Excma. Corte Suprema de 24 de agosto de 1992, recaída en un recurso de queja deducido en contra la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, la que había confirmado sentencia del 21° Juzgado Civil de Santiago que desechó excepción dilatoria de incompetencia en los autos 1999-91 caratulado *“Kolliatenco con Banco de Chile”*.

Se refiere al caso de un accionista del Banco de Chile que deduce acción para que se declare que la preferencia en el pago de dividendos con excedentes de que gozan los accionistas de la “serie B” del banco, se ha extinguido por haber operado una condición resolutoria, lo que transforma a las acciones en ordinarias. El banco opuso excepción dilatoria de incompetencia absoluta del tribunal, fundada en que el estatuto estipula una cláusula, la 22°, que establece que las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales o entre estos y la sociedad o sus administradores serán sometidas a la resolución de árbitros arbitradores nombrados uno por cada parte. Por ello y de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley N° 18.046, la adquisición de acciones de una sociedad implica la aceptación de los estatutos sociales, solicitándose que se declarara que corresponde a un tribunal arbitral conocer de la demanda.

²⁸ *Ibidem*, p. 540.

La excepción dilatoria que había sido desechada en primera y segunda instancia, fue acogida por la Excma. Corte Suprema en sentencia de 22 de agosto de 1992, acogiendo el recurso de queja, fundada en que deben interpretarse armónicamente los artículos 4° N° 10 y 125 inciso 2° de la Ley N° 18.046, declarando en considerando 5° que: *“no cabe sino concluir que el arbitraje que establece la Ley de Sociedades Anónimas es aquel supletorio para el caso que las partes nada dispongan en la escritura social, respecto del cual es posible substraerse para entregar el conocimiento del conflicto a los tribunales ordinarios de justicia, situación que no es la de autos, toda vez, que el arbitraje fue expresamente pactado y reglamentado en la escritura social, de modo que en este caso no procede la opción a que alude el inciso segundo del art.125 de Ley N° 18.046”*²⁹. El fallo fue suscrito por todos los miembros de la Sala, señores Hernán Cereceda, Lionel Beraud y Germán Valenzuela y por los Abogados Integrantes señores José Fernández y Fernando Castro.

Asimismo, resulta interesante sentencia de 22 de julio de 2008, de la Excma. Corte Suprema³⁰, recaída en recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de sentencia del 2° Juzgado de Letras de Osorno, de 12 de septiembre de 2006, dictada en juicio ordinario de disolución de sociedad e indemnización de perjuicios caratulados *“Agrícola y Ganadera Arco Iris S.A. con Agrícola Ganadera y Forestal Los Ríos S.A.”*, rol N° 12.353 que acogió la excepción de incompetencia absoluta del tribunal disponiendo que las partes debían concurrir ante un juez árbitro.

Agrícola y Ganadera Arco Iris S.A. interpuso demanda solicitando la disolución de la sociedad demandada Agrícola, Ganadera y Forestal Los Ríos S.A. fundando su pretensión en que el Gerente General y Director de esta última incurrió en incumplimiento y desarrolló una administración fraudulenta y en beneficio propio en oposición de los intereses de los demás accionistas. Conjuntamente con lo anterior, se demanda solidariamente de indemnización de perjuicios al Gerente General y al Director de la sociedad Agrícola, Ganadera y Forestal Los Ríos S.A.

La demandada opuso excepción de incompetencia absoluta del Tribunal argumentando que de conformidad a lo establecido en el artículo 227 N° 4 del COT las diferencias que ocurrieren entre los socios de la sociedad anónima deben resolverse por árbitros. Agrega que no obsta a ello lo establecido en el artículo 125 inciso 2° de la LSA. De esta manera, si el estatuto contiene una cláusula compromisoria, el eventual litigio deber ser sometido a la resolución de un árbitro, sin que sea aplicable la regla del arbitraje facultativo contenida en el mencionado artículo por cuanto se aplica sólo en el caso de silencio u omisión en el estatuto social.

²⁹ SCS de 24 de agosto de 1992, *Revista Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. LXXXIX, 1992, sección primera, segunda parte, p. 127.

³⁰ SCS de 28 de julio de 2008, obtenida de *Microiuris.com.*, descriptor MJJ177889. Consultado el 26 de octubre de 2011.

Concluye que si existe una cláusula compromisoria en el estatuto social, esta tiene fuerza de contrato y no puede la voluntad unilateral de accionista en conflicto ocurrir a la justicia ordinaria por cuanto transgrede el artículo mencionado. Expone que no obsta lo anterior la circunstancia que al final de la cláusula se haya agregado la frase “sin perjuicio del derecho establecido en el artículo 125 de la Ley N° 18.046”³¹, pues sería una mera cláusula de estilo que no genera alteración alguna al fondo de la cuestión deducida.

El recurrente sostuvo que se infringieron los artículos 125 de la Ley N° 18.046 y 1545 y 1562 del CC. Sostiene que el referido artículo 125 permite la posibilidad que el demandante pueda someter el conocimiento de su demanda a los tribunales ordinarios de justicia tal como lo hizo. Agrega que el fundamento consistente en el hecho que habiendo convenido arbitraje la opción jurisdiccional no sería aplicable al caso en discusión. Ello sobre la base del mismo artículo 1545 CC. En efecto, indica que en la cláusula 29° de los estatutos sociales de la demandada, los contratantes se reservaron la posibilidad de abstraer del conocimiento del árbitro los conflictos surgidos entre ellos y someterlos al conocimiento de los tribunales ordinarios. Es decir, se incorporó al contrato dicha atribución, luego el ejercicio de la facultad de recurrir ante un tribunal no violaría el principio de *pacta sunt servada*, por el contrario, sería una aplicación del mismo. Además, indica que se ha omitido en lo resuelto lo dispuesto en el artículo 125 inciso 2° de la LSA. Por otra parte, sostiene que se ha vulnerado el artículo 1562 CC por cuanto se ha resuelto de una forma que ha dejado inaplicable la cláusula, sin utilidad alguna vulnerando la interpretación útil de los contratos que establece dicho artículo.

Los sentenciadores acogieron la excepción de incompetencia sobre la base de la cláusula 29° de los estatutos de Agrícola, Ganadera y Forestal Los Ríos argumentando que si las partes se obligaron a someter sus diferencias a la competencia arbitral la alusión al artículo 125 no puede producir efectos.

La Excma. Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo otorgando competencia al tribunal ordinario. Ello considerando que a partir de la Ley N° 18.046 no corresponde aplicar el artículo 227 N° 4 del COT, puesto que las controversias que surjan en las sociedades anónimas se encuentran hoy reguladas por lo establecido en los artículos 4 N° 10 y 125 de la referida ley, cuyo artículo 145 derogó los artículos 424 a 469, ambos del CCo, entre estos, los artículos 425 y 426 N° 11 del mismo Código,

³¹ La cláusula 29° de los estatutos sociales de Agrícola, Ganadera y Forestal Los Ríos S.A. dice: *“Las diferencias que se produzcan entre los accionistas en su calidad de tales o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación, serán resueltas por un árbitro arbitrador en el más breve plazo y sin forma de juicio ni ulterior recurso el que será designado de común acuerdo por las partes o por la justicia ordinaria. Lo anterior es sin perjuicio del derecho establecido en el artículo ciento veinticinco de la Ley número dieciocho mil cuarenta y seis”*.

que hacían aplicables a las sociedades anónimas las normas de artículo 415 y 352 N° 10 del mismo cuerpo legal. Luego, a partir de la vigencia de la Ley N° 18.046, a menos de existir estipulación sobre arbitraje en el pacto social de una sociedad anónima, las diferencias que se produjeran pueden aún no quedar sujetas forzosamente a arbitraje. Agrega que de la lectura de la cláusula 29° de los estatutos, se advierte que si bien las partes disponen que un juez árbitro arbitrador será quien resolverá los conflictos que se pudieren suscitar –dentro de los cuales se encuentra el que originó el pleito–, en la parte final acuerdan voluntariamente la supervivencia de la potestad del artículo 125. Indica que: *“corresponde hacer la distinción entre la naturaleza del arbitraje y la posibilidad que la ley ofrece al demandante de optar, siendo esta última la que se dejó expresamente consignada en el corolario de la cláusula vigésimo novena de la convención en estudio”*.³² En cuanto a la infracción al artículo 1545 del CC esta se produce al llegar los sentenciadores de la instancia a una conclusión diversa a la establecida por las partes en el pacto social consistente en que las controversias serán resueltas por un árbitro arbitrador dejando a salvo en la parte final la posibilidad de recurrir a la justicia ordinaria de así preferirlo quien acciona. En consecuencia, al vedarle al demandante dicha elección se desnaturalizó la cláusula y el contrato, infringiéndose el artículo antes mencionado, lo que implica un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En consecuencia, se determina que el Segundo Juzgado de Letras de Osorno es competente para conocer y resolver el litigio no pudiendo prosperar la excepción de incompetencia deducida. La sentencia fue (suscrito) suscrita por todos los miembros de la Sala, señores Milton Juica, Sergio Muñoz, Margarita Herreros, Juan Araya y el abogado integrante señor Hernán Álvarez.

Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago de 27 de septiembre de 2007, rol N° 2250-2006, que confirma sentencia del 13° Juzgado Civil de Santiago, concluye en sentencia recaída en recurso de apelación que el arbitraje establecido en la Ley de Sociedades Anónimas es el que rige para el caso que los socios nada hubieren expuesto en el pacto social, y en ese caso resulta posible sustraer el conflicto de un árbitro y entregarlo a la justicia ordinaria en los términos que dispone el artículo 125 inciso 2° de dicha ley. De esta manera, considerando que en la sociedad Morgan Recasens S.A. se establecía el arbitraje en los estatutos, confirmó la sentencia de primera instancia. La sentencia fue suscrita en su unanimidad por los ministros de la sala señores Juan Escobar Zepeda, Jorge Dahm Oyarzún y la abogado integrante señora Reguna Clark Medina³³.

³² SCS de 22 de julio de 2008, rol N° 316-2007, descriptor MJJ17883 y disponible en microjuris.com en [http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ17883&links=\[AGRIC, GANAD, FOREST, RIOS\]](http://www.microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJJ17883&links=[AGRIC, GANAD, FOREST, RIOS]). Consultada el 26 de octubre de 2011.

³³ SCA de 27 de septiembre de 2007, rol N° 2.250-2006, obtenida del portal web del poder judicial http://www.poderjudicial.cl/index2.php?paginal=estados_causasphp. Consultada el 30 de octubre de 2011.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y Corte de Apelaciones de Santiago ha respetado la voluntad de las partes establecida en los estatutos sociales. Es decir, de acuerdo a la jurisprudencia se permite al demandante recurrir a la justicia ordinaria solamente cuando no exista una cláusula compromisoria en los estatutos.

VI. CONCLUSIÓN: OPINIÓN DEL AUTOR: ARBITRAJE VOLUNTARIO

Compartimos la opinión de que el sistema de arbitraje introducido por los artículos 4 N° 10 y 125 de la LSA no es forzoso, sino que voluntario. Ello aun cuando los legisladores hayan tratado de darle un carácter forzoso. Pueden haber tenido, de acuerdo a la historia de la norma, toda la intención de implantar un sistema forzoso, pero el resultado, especialmente el artículo 125 inciso 2° de la LSA, es completamente distinto a tal punto que no hace sentido con los antecedentes de la norma. La historia de la ley cuando hay contradicciones tan evidentes, a nuestro juicio, constituye un débil antecedente para sostener que el arbitraje existente sería obligatorio. No es convincente la existencia de un arbitraje forzoso si al mismo tiempo se otorga una opción jurisdiccional como la antes mencionada.

Además, la voluntariedad de este arbitraje queda en evidencia si se compara con algunos casos de arbitraje civil y laboral, en los que el arbitraje por expresa disposición legal y en forma clara, desde un principio, es forzoso privando a las partes de la posibilidad que los conflictos que se originen puedan ser conocidos por la justicia ordinaria, lo que tampoco ocurre en el arbitraje de las sociedades anónimas.

Así, a modo de ejemplo, el arbitraje laboral es obligatorio para evitar la huelga en los casos que se considere lesiva para el interés de la comunidad: servicios públicos, servicios de utilidad pública, peligros para la seguridad nacional, el abastecimiento de la población, grave daño para la salud, entre otros. A su vez, en la legislación civil también hay casos que el arbitraje resulta obligatorio, pero por otras razones, como sería el objeto que debe resolverse. Por el contrario, conforme a lo analizado en el presente trabajo, en el arbitraje de las sociedades anónimas las partes siempre podrán decidir al momento de constituir el estatuto social si desean que los futuros conflictos puedan o no ser conocidos por la justicia arbitral. Por lo demás, la misma CS³⁴ ha reconocido que las partes pueden acordar mantener en el pacto social la mantención de la opción jurisdiccional que establece el artículo 125 inciso 2° de la LSA.

En decir, los conflictos entre los socios, socios y sociedad y la administración no son excluyentes de la justicia ordinaria, lo que la priva de un carácter forzoso dándole un carácter voluntario, que no resulta posible

³⁴ SCS de 22 de julio de 2008, rol N° 316-2007, véase cita N° 37.

desconocer. Ello sin perjuicio de que los legisladores hayan pensado en un arbitraje forzoso, que hasta la misma jurisprudencia ha desconocido dándole fuerza a la voluntad de las partes.

A mayor abundamiento, en el caso que las partes en los estatutos sociales hayan pactado la justicia arbitral, no puede ser calificado de forzoso, por cuanto la fuente que origina ese arbitraje se encuentra en la voluntad de las partes y no en la ley como sucede en la esencia con el arbitraje obligatorio.

En relación a lo anterior, estimo que el carácter de voluntario del arbitraje se podría cuestionar, respecto de los socios que se incorporan con posterioridad a la constitución de la sociedad. Pero en esos casos se les aplica el estatuto social en su integridad y todos los acuerdos adoptados por junta de accionistas en virtud del artículo 22 de la LSA que ellos mismos han aceptado, no pudiéndose desconocer que se trata de una norma orgánica y autónoma. Sin embargo, la ley posteriormente fortalece la voluntad de dichos accionistas al permitirles designar a los árbitros, aun cuando hayan ingresado con posterioridad a la sociedad anónima. Lo anterior debido a que el artículo 125 inciso 1º de la LSA establece una prohibición de designar a los árbitros en el pacto social. Es decir, a los nuevos socios en el caso de haberse pactado el arbitraje en los estatutos sociales, no tienen la opción jurisdiccional, pero sí les concede la posibilidad de participar en la designación del árbitro o árbitros que resolverán sus conflictos, lo que no ocurre en un arbitraje forzoso. Es así en el arbitraje obligatorio laboral, en el cual el legislador sencillamente limitó el derecho de designar libremente a los árbitros. En efecto, de conformidad a lo establecido en el artículo 359 del CdeT, sólo pueden ser elegidos entre los miembros de la nómina nacional de árbitros laborales confeccionada de conformidad a lo establecido en el Código del Trabajo³⁵ y no otras personas, lo que tampoco ocurre en el arbitraje implementado para las sociedades anónimas.

A mayor abundamiento, resulta voluntario porque los particulares tienen la posibilidad de establecer que someterán los conflictos a arbitraje cuando lo pactan en el estatuto social y también tienen la posibilidad de someterse a los tribunales de justicia al dejar de acordar el arbitraje en los referidos estatutos. Ello en el entendido que bajo el nuevo régimen legal no sería posible que las partes acordaran directamente en los estatutos que no se someterán a arbitraje. Ello considerando que la cláusula que

³⁵ Título V del CdeT (artículos 397 a 413) reglamenta la nomina nacional de árbitros laborales denominada cuerpo arbitral. Se trata de 25 miembros que deben estar en posesión de un título profesional de educación superior y contar con experiencia calificada en la actividad económica y laboral. Es un cuerpo autónomo con consejo directivo compuesto por cinco miembros, elegidos en votación secreta y unipersonal por el mismo cuerpo arbitral. Se renueva cada tres años, tiene un secretario ejecutivo que actúa como ministro de fe. Los árbitros cesan en sus funciones por inhabilidad sobreviviente, renuncia, por remoción acordada por el consejo directivo, reclamable ante la CS.

establece el pacto social, conforme a los artículos 6 y 6 A de la LSA, en el caso que se omita, no vicia de nulidad dicho pacto. Resulta evidente además que si el legislador hubiera querido establecer un arbitraje forzoso se le habría dado un carácter esencial a la cláusula compromisoria dentro del pacto social que impidiera a las partes acudir a la justicia ordinaria, lo que no se hizo. Es más se le dio la posibilidad expresa de hacerlo a través del artículo 125 inciso 2° de la LSA.

Refuerza esta posición lo resuelto por la CS³⁶ en el sentido que si las partes reiteran la norma del artículo 125 de la LSA con sus dos incisos, les permitirá en caso de conflicto que el asunto pueda ser conocido por los tribunales de justicia. En dicho caso la CS rechazó la excepción de incompetencia opuesta por la demandada debiendo el asunto iniciar su tramitación por el Juzgado de Letras respectivo. Asimismo, los fallos revisados respetan y reconocen la voluntad de las partes en arbitraje. En este sentido, la jurisprudencia estima que en materia de arbitraje la LSA es supletoria de la voluntad de las partes, por lo que tampoco se le ha dado un carácter obligatorio por los tribunales de justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos importante que se corrijan las contradicciones en esta materia, por cuanto las dudas y cuestionamientos que surgen de normas poco claras que hemos revisado son evidentes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AYLWIN AZÓCAR, Patricio. *El juicio arbitral*, Fallos del Mes, 4ª edición, Santiago, 1982.
- BAEZA OVALLE, Gonzalo, *Derecho Comercial, De las Sociedades*, Tomo II, Editorial Conosur, Santiago, 1998.
- GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, “Del arbitraje en general y en particular en el contrato de seguro en el ámbito de la vida del comercio”, en Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar (coord. Eduardo Picand Albónico), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. *Arbitraje forzoso, arbitrabilidad y arbitraje societario. Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno y español*. Tesis Doctoral. Facultat de dret. Departament de Dret Administratiu i Procesal. Area de Procesal. Universitat de Valencia, 2009.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, “El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)” en “*Estudios Constitucionales*”, Año 9, N° 2, 2011.
- MORAND VALDIVIESO, Luis, *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

³⁶ SCS de 22 de julio de 2008, rol N° 316-2008, véase cita 37.

- MORAND VALDIVIESO, Luis, “Jurisdicción Arbitral y Justicia Ordinaria en Sociedades Anónimas”, en Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar (coord. Eduardo Picand Albónico), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro. *Sociedades*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Santiago, 1996.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Comercial, Organización Jurídica de la Empresa Mercantil, Parte General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago, 1990.
- THAYER ARTEAGA, William, “Notas sobre El Arbitraje Laboral”, en Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar (coord. Eduardo Picand Albónico), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- TORRES ZAGAL, Óscar, “El Arbitraje en la Ley de Sociedades Anónimas Chilena”, publicado en la página Web del CAM Santiago.
- INFORME COMISIÓN DE HACIENDA, Historia de la Ley N° 20.382, Boletín N° 5.301-05.
- REVISTA DE DERECHO, JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y GACETA DE LOS TRIBUNALES, Tomo LXXXIX, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- Microiuris.com, obtención de sentencia de 22 de julio de 2008, http://www.microiuris.cl/getContent?page=fullContent.jsp&reference=MJCH_MJJ17883. Consultado el 26 de octubre de 2011.
- SCA de 27 de septiembre de 2007, rol N° 2.250-2006, obtenida del portal web del poder judicial http://www.poderjudicial.cl/index2.php?paginal=estados_causasphp. Consultado el 30 de octubre de 2011.

ESTATUTO PYME Y SOCIEDADES ANÓNIMAS DE GARANTÍA RECÍPROCA. NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO CHILENO DE SOCIEDADES

EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ

Doctor en Derecho Universidad de Valencia

Magíster en Derecho de la Empresa Pontificia Universidad Católica de Chile

Profesor de Derecho Comercial

Universidad de los Andes

Profesor de Derecho Comercial y Derecho Económico

Universidad Católica del Norte

INTRODUCCIÓN

Fruto de un largo proceso legislativo iniciado en agosto del año 2004¹, la Ley N° 20.179 (D.O. de 20 de junio de 2007), que “*Establece un marco legal para la constitución y operación de Sociedades de Garantía Recíproca*”, ha venido a aliviar en parte una carencia ya endémica del ordenamiento jurídico chileno y una notoria falla de mercado de cara al desarrollo de la pequeña y mediana empresa –Pyme– en Chile, cautiva de y entrampada en un sistema de financiamiento tradicional bien surtido de trabas y obstáculos al emprendimiento innovador.

A partir de la experiencia de otros países en materia de apoyo a la Pyme, principalmente europeos y algunos sudamericanos como Venezuela² y Argentina³, se planteó por fin la necesidad ya impostergable de incorporar al sistema crediticio interno un nuevo actor que si bien no formaría parte directa del sector financiero tradicional, vendría a estimular y a flexibilizar no obstante el mecanismo de acceso al crédito de estas empresas más vulnerables, sin alterar con ello las bases estructurales de la oferta y la demanda en el mercado crediticio.

De lo que se trataba era de incorporar finalmente a la Pyme al club de las empresas consideradas como *elegibles* de cara al financiamiento de la banca y de las instituciones financieras en general, lo que impli-

¹ Boletín N° 3627-03, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20179/HL20179.pdf>.

² Las SGR en Venezuela están reguladas en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley N° 251, publicado en el Diario Oficial el 11 de agosto de 1999.

³ Reguladas en la Ley N° 24.467, del 23 de marzo de 1995.

caba mejorar sustancialmente la cualificación de las primeras en cuanto sujetos de crédito mediante la intermediación de un nuevo interviniente en el proceso crediticio; no uno más, sin embargo, de los ya conocidos en Chile, sino de un agente funcionalmente distinto, que lejos de competir con dichas instituciones en el otorgamiento del crédito, vendría a complementar la función económica de estas últimas y a dinamizar con ello el sistema de asignación de recursos por una vía indirecta de intermediación financiera. Así lo deja en claro el Mensaje enviado por el ejecutivo al Congreso Nacional, que si bien no incorpora al texto del proyecto de ley una concreta definición de lo que debe entenderse para estos efectos por pequeña y mediana empresa⁴, destaca precisamente que *“Uno de los problemas que se ha podido percibir a lo largo de los*

⁴ En Chile, al igual que en el ámbito comparado, la regulación y las políticas de apoyo a la Pyme constituyen un aspecto esencialmente dinámico y de permanente actualidad. No existe por lo mismo un criterio único para definir a la Pyme, lo que lo transforma en un concepto esencialmente amplio de cara a las múltiples variables económicas que lo informan. En Chile, la Ley N° 20.416 (D.O. de 3 de febrero de 2010), que *“Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño”*, define a la micro, pequeña y mediana empresa en su artículo segundo, tomando como base para ello el monto de sus ingresos anuales. Señala esta norma:

“Artículo Segundo.– Sujeto. Para los efectos de esta ley, se entenderá por empresas de menor tamaño las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas.

Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario”.

La Corporación de Fomento de la Producción –CORFO– por su parte, en el marco de su *“Programa de Línea de Crédito a Fondos de Garantía – IGR III”* (Resol. Ex. de 31 de agosto de 2011, Comité Ejecutivo de Créditos, que aprueba las nuevas normas por la que se rige el señalado Programa, restringe el universo de las empresas Pymes “elegibles” o beneficiarias del afianzamiento y reafianzamiento dado por las SGR y los Fondos de Inversión Privados regulados en dicho Programa, respectivamente, señalando en el apartado 5° inc. 3° del mismo: *“En todo caso, las ventas del año anterior o de los últimos doce meses, de las empresas beneficiarias de las garantías constituidas por el Fondo, no podrán ser superiores del equivalente a UF 150.000, que para efectos del presente programa se entienden como micro, pequeñas y medianas empresas, a la fecha de la emisión del certificado de Fianza respectivo por el Fondo. Se incluyen como empresas beneficiarias a las que estén afectas al sistema de renta presunta, pero en este caso las IGR serán responsables de recabar la información necesaria para determinar que el nivel de ventas es inferior al límite establecido en este párrafo”.*

En el ámbito del Derecho comunitario europeo, por último, la Recomendación de la Comisión 96/280/CE, de 03 de abril de 1996, incluye también una serie de variables para definir a la Pyme, señalando al respecto en el art. 2°, Título I de su Anexo:

“Artículo 2. Los efectivos y límites financieros que definen las categorías de empresas.

1. La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

2. En la categoría de las PYME, se define a una pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros.

últimos años de ejecución de programas de apoyo financiero y técnico dirigidos a la mediana y pequeña empresa, es la carencia de un acceso expedito al financiamiento requerido para sus operaciones”, agregando luego que “Una de las razones de ello es la escasa flexibilidad que posee el sistema de constitución, administración y cancelación o alzamiento de garantías (...)”⁵.

Pretendemos abordar entonces las principales características de la sociedad anónima de garantía recíproca –SGR– como sociedad de capital y, más concretamente, como herramienta jurídico-económica de financiamiento de la Pyme en Chile.

I. EL PROBLEMA DEL FINANCIAMIENTO DE LA PYME

Según un estudio realizado por la Biblioteca del Congreso Nacional⁶, en Chile la Pyme genera el 80% del empleo, del cual una buena parte no cuenta sin embargo con calificación suficiente y ni siquiera básica en ciertos extremos. Según encuestas recientes⁷, además, en Chile un 98,9% de las empresas califica como Pyme, las que a su turno proporcionan espacio para el 60% del empleo a nivel nacional. Por contrapartida sin embargo, su contribución a las ventas es comparativamente muy baja respecto de otros países, pues no supera el 15% debido, en gran medida –y sin perjuicio de lo que se dirá a continuación– a la insuficiencia de capital de trabajo derivada de la falta de garantías. Datos recogidos por el Banco Mundial, en fin, indican precisamente que un gran porcentaje de los créditos solicitados por las micro, pequeñas y medianas empresas –Mipyme⁸– son rechazados por falta de garantías⁹, ya sea porque dichas empresas no las tienen simplemente o, peor aún, porque teniéndolas ellas se encuentran inmovilizadas del todo, cautivas de un determinado crédito. Se trata, por ende, de una vistosa falla del mercado financiero que

3. *En la categoría de las PYME, se define a una microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros*. (Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:es:PDF>. Consultado el 12 de diciembre de 2011).

⁵ Mensaje Presidencial a la H. Cámara de Diputados, de 10 de agosto de 2004, Boletín N° 3627-03, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20179/HL20179.pdf>.

⁶ (“Radiografía de las Pymes 2006”, de 29 de agosto de 2006, disponible en http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-08-08.7810152165).

⁷ “Primera Encuesta Longitudinal de Empresas (ELE): Resultados Seleccionados por Género”; Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño. Disponible en <http://www.observatorioempresas.gob.cl/LinkClick.aspx?fileticket=R5aQXxxh7d0%3D&tabid=90>. Consultado el 26 de septiembre de 2011.

⁸ Para los fines de este trabajo, al hablar de Pyme deben entenderse incluidas también las microempresas.

⁹ Economía y Negocios, de 03 de abril de 2008. Disponible en <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=44776>. Al respecto puede consultarse también a GOLDBERG, Mike y PALLADINI, Eric, “Chile: A Strategy to Promote Innovative Small and Medium Enterprises”, en *Policy Research Working Paper*, N° 4.518, Banco Mundial, 2008, pág. 12.

impacta de lleno en las expectativas de crecimiento de la Pyme, originada fundamentalmente por las siguientes razones:

1) Las deficiencias que presenta la Pyme en cuanto a la creación, manejo y entrega de información financiera de calidad genera problemas de asimetría en la información que repercuten derechamente en el costo y en los plazos de los créditos para este segmento¹⁰. El deudor maneja en efecto antecedentes estratégicos y de gestión del negocio que el financista no tiene, de manera que la entrega oportuna, veraz y completa de esta información resulta vital para la materialización de la operación de crédito. Al no darse ese flujo informativo –o al menos no con los estándares mínimos de fiabilidad que espera el acreedor–, el crédito que eventualmente se otorgue se hace costoso e incluso inadecuado de cara a los plazos de maduración que requieren las inversiones respectivas, con el posible fracaso del emprendimiento Pyme en su globalidad.

2) El conflicto de intereses que se genera eventualmente en la etapa posterior al otorgamiento del crédito a la Pyme, cuando la empresa deudora ha obtenido ya los recursos solicitados a su acreedor. Nos referimos en concreto al destino real que el deudor le asigna a los recursos obtenidos, el que muchas veces no coincide con el que tuvo a la vista el acreedor al otorgar el crédito. Dicho en otros términos, el deudor, para maximizar sus utilidades, puede optar por no destinar los fondos provenientes del crédito a las inversiones comprometidas al momento de solicitarlo, desviándolos por ende a otros fines que son del todo desconocidos por el acreedor. En palabras de Martínez¹¹, en fin, en estos casos “se produce una desviación de recursos que representa, en la práctica, un desplazamiento sobre el acreedor del volumen de riesgo adicional sobrevenido moral”, lo que repercute sin duda en la disponibilidad y en la calidad del crédito, más escaso y caro.

¹⁰ Las asimetrías de información se explican fundamentalmente por la presencia –normalmente concurrente– de dos factores fundamentales, conocidos en la doctrina económica como el problema de selección adversa y el fenómeno del riesgo moral o *moral hazard*. El primero –dice Yáñez– genera asimetrías de información “porque los malos deudores perjudican a los buenos, es decir la tasa de interés que deben pagar estos últimos debe compensar las pérdidas que generan las empresas que no llegan a cumplir sus obligaciones, así cuando un banco aumenta la tasa de interés aleja o saca del mercado a los buenos deudores y se podría quedar con malos deudores. Un mecanismo de defensa que tienen los acreedores frente a la selección adversa es la exigencia de garantías, pues con ello se cubren del riesgo de no pago. En cuanto al riesgo moral, se trata de un fenómeno asociado principalmente a la conducta que asumen los deudores una vez obtenido el crédito respectivo. En tales casos, señala el mismo autor, “la empresa tiene incentivos a tomar mayores riesgos, pues las posibles pérdidas las asumen tanto el financista como la empresa, mientras las eventuales ganancias, en su mayoría son para ella. La consecuencia natural de este hecho, es que se cobre una mayor tasa de interés a todos los deudores de un mismo tipo, como también aumentar las garantías exigidas” (YÁÑEZ, Álvaro A., “Supervisión de las Sociedades de Garantía Recíproca (SGR) en Chile”, *Serie Técnica de Estudios*, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, N° 09, Santiago, junio de 2007, p. 9).

¹¹ MARTÍNEZ MULERO, Víctor, *El control de los administradores y la impugnación de sus acuerdos*, La Ley, Madrid, 2005, pág. 16.

3) La Pyme, por regla general, no tiene acceso al mercado de valores como fuente alternativa de financiamiento, por lo que sus expectativas de crédito se reducen sustancialmente y dependen, en último término, de la respuesta que ofrecen en este sentido los bancos e instituciones financieras. Tales instituciones, sin embargo, no cuentan con mecanismos de análisis de riesgo y de asignación de crédito apropiados para el grado de desarrollo y para la envergadura de estas empresas en particular, sometiéndolas por igual a políticas y procedimientos corporativos estandarizados de análisis crediticio, regidos además por normas que apuntan a dar seguridad y solvencia al sistema financiero y que restringen, por lo mismo, su autonomía en cuanto a la determinación de los límites individuales de crédito¹². Tal circunstancia, que repercute sin duda en el acceso al crédito Pyme, genera al mismo tiempo una notoria desproporción en el poder de negociación entre el acreedor y el deudor con garantías insuficientes, lo que influye muchas veces en una merma de la calidad del financiamiento que se está dispuesto a proporcionar.

4) Por último, las condiciones de contratación impuestas a las Pymes por los denominados “grandes clientes”, entendiéndose por tales al propio Estado, a las grandes tiendas, los supermercados y la gran industria. Todos ellos, en mayor o menor medida, pueden verse tentados a abusar de su posición de poder frente a la Pyme por la vía de la fijación unilateral de condiciones de pago, sistemas de descuentos y multas, etc., lo que impacta directamente en el potencial de consolidación y desarrollo de este sector¹³.

En síntesis, y para concluir con este análisis preliminar, para la Pyme el alto costo del crédito, cuando se tiene acceso a él, constituye un desincentivo para nuevos proyectos y una pesada carga financiera para aquellos emprendimientos que, habiendo logrado algún grado de madurez, dependen todavía del financiamiento externo. El sistema financiero, por su parte, asume que los riesgos involucrados en este sector empresarial son también altos, lo que repercute en el incremento de las tasas y en la reducción de los plazos, sin perjuicio de los altos costos de transacción que se suman a dichas operaciones.

Este fenómeno entonces, que constituye un factor crítico de cara a la obtención de créditos de largo plazo y bajo costo, repercute finalmente en una reducción sustancial de los márgenes de ganancias de las Pyme al limitar sus ventas –por un lado– y encarecer sus inversiones en tecnología

¹² Sin perjuicio de los resguardos que imponen en este sentido los acuerdos de Basilea, el artículo 84 N° 1 de la Ley General de Bancos (DFL N° 3, de 19 de diciembre de 1997) fija como límite para el otorgamiento de créditos a una misma persona, natural o jurídica, un monto no superior al 10% de su patrimonio efectivo, ampliable al 15% cuando se trata del financiamiento de obras fiscales del sistema de concesiones públicas, y al 30% si lo que excede del 10% antes señalado corresponde a créditos caucionados por garantías sobre bienes corporales muebles o inmuebles de un valor igual o superior a dicho exceso.

¹³ Sobre este aspecto puede consultarse el informe de la Asociación de Exportadores de Manufacturas y Servicios A.G. –ASEXMA–, “Análisis del impacto en las PyME frente al actual escenario de garantías CORFO y programas SGR”, Agosto de 2011, p. 5.

y capacitación –por el otro–, con el consiguiente desincentivo para los pequeños y medianos emprendedores a la hora de crear nuevas empresas. En comparación con las grandes compañías, en fin, las Pymes tienen sin duda mayores dificultades para acceder a la financiación bancaria, lo que se ve agravado por niveles de endeudamiento por ventas sustancialmente mayores a los que presenta la empresa de mayor tamaño, que como contrapartida accede a préstamos menos costosos y en mejores condiciones.

II. LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE GARANTÍA RECÍPROCA EN CHILE. DEL SISTEMA MUTUALISTA PURO A LA EXTERNALIZACIÓN DE GARANTÍAS PERSONALES

La Ley N° 20.179 –en adelante LSGR–, para mejorar la tradicional estructura de garantías de la Pyme en Chile y enfrentar por esa vía el fenómeno descrito *supra*, crea en su Título I la nueva figura de las denominadas “*Instituciones de Garantía Recíproca*” –IGR–, innovando sustancialmente respecto de los modelos monistas que han adoptado aquellos países con mayor experiencia en esta materia.

La ley chilena, en efecto, reconoce en su art. 1° dos tipos de IGR, ambas de carácter esencialmente privado aunque de naturaleza y orientación funcional distintas: las Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca –SGR–, a la que dedicaremos el presente estudio; y las Cooperativas de Garantía Recíproca –CGR–, constituidas con sujeción a las normas aplicables a las cooperativas de ahorro y crédito para desarrollar el mismo giro de las SGR, previa autorización del Departamento de Cooperativas del Departamento de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Pues bien, en su art. 1°, inc. 1°, la ley autoriza el establecimiento de las denominadas *Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca*, las que se rigen por las normas de la Ley N° 18.046 en todo aquello que no se encuentre expresamente regulado por la Ley N° 20.179. Esta última, como ya se adelantó, marca una clara diferencia respecto del diseño implementado en aquellas legislaciones comparadas que le sirvieron como modelo, ampliando sustancialmente el ámbito de desempeño de tales entidades. Según el sistema español¹⁴, por ejemplo, la SGR constituye un tipo especial de sociedad, que se rige principalmente por las normas de las sociedades anónimas –sin serlo– y que se caracteriza además por presentar un marcado carácter mutualista de cara a los derechos y obligaciones de sus socios. Se trata, en concreto, de sociedades integradas por pequeños y

¹⁴ Las SGR fueron creadas mediante Real Decreto-Ley N° 15/1977, de 25 de febrero. Posteriormente el Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio, reguló el régimen jurídico, tributario y financiero de dichas sociedades, hasta que fue derogado por la Ley N° 1/1994, de 11 de marzo, reglamentada por el Real Decreto 2345/1996, de 8 de noviembre, que establecen el marco legal vigente. El origen de tales sociedades se encuentra sin embargo en el derecho francés, que pocos años antes había creado las denominadas Sociedades de Garantía Mutua (*Cf*: URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 28ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 591).

medianos empresarios que se asocian entre sí para mejorar sus expectativas de financiamiento a través de garantías o avales que les otorga la propia sociedad, sin posibilidad de que accedan a tales beneficios terceros extraños a ella. Como señalan Uría y Menéndez¹⁵, en fin, la SGR es considerada en España como un tipo social híbrido y autónomo, creada con la finalidad de servir exclusivamente como instrumento de financiación a sus socios y considerada, por lo mismo, como una entidad financiera sometida al registro, control e inspección del Banco de España (arts. 1 y 66 de la Ley N° 1/1994). Junto a ellas, además, la misma ley contempla las denominadas “sociedades de reafianzamiento”¹⁶, a través de las cuales la Administración pública refuerza financieramente el funcionamiento del sistema referido mediante el apalancamiento de las SGR, las que son reafianzadas precisamente por el Estado en el otorgamiento de las garantías personales a sus socios, que podrán ser “partícipes” o “protectores”¹⁷.

Nos parece relevante describir someramente el modelo recién expuesto, pues fue éste el que tuvo a la vista precisamente el proyecto de ley enviado inicialmente por el ejecutivo al Congreso Nacional, referido *supra*, en donde se replicaban sustancialmente las bases estructurales del señalado mecanismo aunque adoptando, para dicho fin, el tipo societario de la sociedad anónima. Como lo aclaraba concretamente el Mensaje del ejecutivo, en efecto, “*El modelo predominante de operación de este tipo de sociedades establece una identidad entre (i) quienes aportan el capital de garantía, (ii) quienes gestionan y otorgan las cauciones, y (iii) entre quienes son los beneficiarios de las mismas*”¹⁸, lo que delineaba por ende los fundamentos de un esquema con claras pautas mutualistas, sin posibilidad alguna de beneficiar a terceros que no fuesen miembros o socios de las entidades referidas. Las sociedades de garantía recíproca, según esto, debían constituirse únicamente en base a gremios o sectores productivos determinados, de manera que permitir que los recursos de tales sociedades beneficiaran también a terceros podía constituir una limitación al acceso a la garantía por parte de los socios respectivos¹⁹.

¹⁵ URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1999, p. 1303.

¹⁶ Las sociedades de reafianzamiento, contempladas en la Ley N° 1/1994, se encuentran reguladas además en el Real Decreto 1644/1997, de 31 de octubre, referido a las normas de autorización administrativa y requisitos de solvencia de tales entidades. Deben constituirse como sociedades anónimas participadas por la Administración pública, y son consideradas como entidades financieras para todos los efectos.

¹⁷ Según el art. 6 de la Ley N° 1/1994, son socios partícipes las personas naturales o jurídicas del ámbito de las Pymes, que podrán solicitar la garantía de la sociedad; y protectores los que no reúnan tal condición de Pymes y que, por lo mismo, no podrán ser beneficiados por garantías personales otorgadas por la sociedad. La participación de estos últimos en el capital, directa o indirecta, no podrá exceder en conjunto del 50% de la cifra mínima fijada para el capital social, lo que constituye para estos socios una alternativa de inversión rentable que compite con otras que el mercado pueda ofrecer en un momento dado.

¹⁸ Mensaje Presidencial..., ob. cit. p. 6.

¹⁹ Así lo explicaba el abogado asesor del Ministerio de Justicia en la Comisión Especial Pymes (*Cfr. Historia de la ley...*, ob. cit., p. 63).

Durante el trámite legislativo, sin embargo, el legislador innovó sustancialmente respecto de la idea original, ampliando el ámbito operativo de las sociedades de garantía recíproca al permitir que sus beneficiarios no fuesen exclusivamente sus propios socios o accionistas, sino también terceros ajenos a la sociedad. Tal iniciativa, que constituye un significativo avance de cara al financiamiento de la Pyme en general, se refleja expresamente en el art. 2º, letra a), de la Ley N° 20.179, que define precisamente a los *beneficiarios* de las SGR sin las limitaciones subjetivas que contemplaba el texto original²⁰. Según la norma citada, en fin, serán *beneficiarios* de las SGR “*las personas naturales o jurídicas que de conformidad al estatuto de la Institución pueden optar a ser financiados por ésta para caucionar sus obligaciones (...)*”²¹, entregando de tal forma la iniciativa en esta materia a la autonomía de la voluntad de los accionistas.

A diferencia del modelo mutualista ya mencionado, en síntesis, la SGR en Chile no es únicamente una sociedad de empresarios de determinado gremio o sector de actividad económica, que se agrupan asociativamente con miras a obtener el respaldo de la entidad de cara al financiamiento indirecto de los negocios y operaciones propias. Más que eso, la SGR puede constituirse también –exclusivamente incluso– por accionistas inversores –*partícipes* en la nomenclatura española– cuya finalidad será obtener únicamente una rentabilidad lícita con ocasión del afianzamiento y asesoría de terceros beneficiarios, sin que tales socios lleguen a requerir nunca el aval o fianza de la SGR.

III. LA SGR COMO SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL DERECHO CHILENO DE SOCIEDADES

La LSGR no establece requisitos especiales en cuanto al número mínimo de accionistas que puede tener una SGR, sean personas naturales y/o jurídicas, por lo que necesariamente debe concluirse que éstas pueden constituirse como sociedades anónimas cerradas o abiertas. No es sin embargo una sociedad anónima especial, como lo ha sostenido algún

²⁰ Según el art. 2º letra a) del proyecto, se entendía por “*Accionistas beneficiarios o beneficiarios: aquellas personas naturales o jurídicas que participan en el capital social y que pueden optar por ser afianzados por la sociedad para caucionar las obligaciones que adquieran, de conformidad con la presente ley*”, excluyendo por ende a terceros ajenos a la sociedad.

²¹ La redacción de esta norma tiene su origen en una indicación efectuada en la Comisión Especial Pymes por los diputados José Antonio Galilea, González, Montes, Venegas y Urrutía, la que recogió a su turno las observaciones del asesor del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, don Cristián Palma. Según éste “la apertura de la Sociedad de Garantía Recíproca hacia afianzados que no tengan la calidad de accionistas pretende, en primer lugar, permitir la viabilidad en el largo plazo de este tipo de sociedades. Para ello, se requiere que participen un mayor número de personas, siempre que reúnan las características que definan los estatutos de la propia sociedad. En segundo lugar (...) los pequeños y medianos empresarios enfrentan serias dificultades para acceder al capital. De ahí entonces que exigirles adicionalmente que destinen parte de su capital propio a la constitución de una Sociedad de Garantía Recíproca sería un despropósito” (*Cfr. Historia de la Ley...*, ob. cit., p. 71).

autor²², pues su constitución válida no queda condicionada al cumplimiento previo de los requisitos establecidos en el Título XIII de la LSA.

Si bien no existe duda posible entonces en cuanto a la naturaleza de sociedad anónima que tiene en Chile la SGR –pues es la propia ley la que lo dice así–, nos parece sin embargo que su diseño legal presenta aspectos de difícil encasillamiento en el esquema de una sociedad anónima.

La sociedad de capital en efecto, desde sus mismos orígenes en las compañías de comercio privilegiadas del siglo XIX, ha mostrado características muy distintas a las de la tradicional sociedad mercantil. Concebidas para el logro de objetivos económicos determinados, las sociedades de capital abandonan precisamente la condición personalista de las restantes sociedades comerciales para transformarse en un vehículo empresarial con clara vocación patrimonialista, en donde el capital –como apunta Hierro²³– pasa a constituir “el elemento definitorio por excelencia de la compañía de comercio, que la convierte en la primera institución mercantil que logra convertir el capital en mercader, anulando la base personalista de la compañía mercantil general al sustituirla por la base estrictamente capitalista por la que hasta hoy se conoce a la sociedad anónima”. Podemos afirmar entonces con RIPERT²⁴ que aparte del nombre común –*sociedad*– no existe mayor relación ni parentesco entre las sociedades personalistas en nombre colectivo y una sociedad capitalista como la sociedad anónima. Desde luego –dice el mismo autor–, la palabra “socios” no se emplea jamás para designar a los *accionistas*, pues lo que los vincula a la *sociedad* no es el contrato social sino la tenencia de un título negociable²⁵; a lo que se suma que las sociedades capitalistas tampoco se desenvuelven en consideración a un determinado grupo de socios vinculados entre sí por lazos personales –como ocurre en las mencionadas sociedades personalistas–, sino con miras a la conformación de un patrimonio orientado a la materialización de un determinado emprendimiento con fines de lucro y

²² Así por ejemplo lo sostiene Silva, quien define a la SGR como “Una sociedad anónima especial de carácter mercantil, constituida por pequeños y medianos empresarios (individuales o colectivos), con capital variable y cuyo objeto exclusivo consiste en prestar garantía por aval a favor de sus accionistas beneficiarios para las operaciones que éstos realicen dentro del tráfico de las empresas de que sean titulares, y quien además los asesora con respecto a las formas más adecuadas de financiación para sus respectivas operaciones” (SILVA WALBAUM, Adolfo, “Normas orgánicas y funcionales de la sociedad de garantía recíproca chilena”. Trabajo presentado en el marco del XIII Foro Iberoamericano de Sistemas de Garantía y Financiamiento para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, Valparaíso, Chile, diciembre de 2008, p. 51. Disponible en http://www.redegarantias.com/archivos/web/ficheros/2010/xiii_foro_iberamericano_de_garantias.pdf. (consultado el 18 de enero de 2012).

²³ HIERRO ANIBARRO, Santiago, *El origen de la sociedad anónima en España*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 302.

²⁴ RIPERT, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, traducción por José Quero Molaes, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, p. 107.

²⁵ RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Vol. II, *Lib. Generale de Droit de Jurisprudence*, Paris, 1954, p. 305.

en donde la persona del accionista, por lo mismo, adquiere un carácter esencialmente fungible.

Con todo, lo dicho *supra* constituye un planteamiento cuya incardinación con el modelo chileno de la SGR presenta algunos ripsios dogmáticos manifiestos, de compleja armonización con la concepción patrimonialista de la sociedad de capital.

En primer término, el art. 5 inciso final de la LSGR señala que “*Los estatutos podrán establecer requisitos para adquirir la calidad de accionistas y de beneficiario*”, lo que en cierto modo *personaliza* una sociedad que es despersonalizada por antonomasia. En otros términos, se deja entregada a la autonomía de la voluntad de los accionistas, sin más limitantes que las que surjan de la aplicación de normas jurídicas concretas²⁶, la facultad de incorporar al estatuto determinados rasgos subjetivos que puedan servir de pauta para la creación y tutela de vínculos personales entre ellos, que les permitan excluir *a priori* incluso a quienes no compartan un determinado perfil, lo que desfigura necesariamente la base patrimonialista de la sociedad anónima.

Asimismo, la particular fisonomía que el legislador le asigna a la SGR implica que ésta puede constituirse con una vocación estrictamente mutualista, para afianzar como ya se dijo las obligaciones contraídas por sus accionistas en el ejercicio de sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales (art. 1 inc. 2º y art. 3.a de la LSGR). En tales casos, pues, las sociedades de garantía recíproca no presentan mayores diferencias en cuanto al capital social y a la responsabilidad de los socios por las deudas sociales; pero en lo que se refiere a los derechos de los socios predomina un carácter mutualista que las aleja de la concepción recién apuntada, en donde la persona del accionista constituye un elemento esencialmente fungible de la sociedad de capital²⁷.

²⁶ Así por ejemplo, en principio los bancos no pueden ser accionistas de una SGR dada la prohibición que se establece en el Capítulo 8-10, N° 4, inc. 1º, de la Recopilación Actualizada de Normas –RAN– de la SBIF, según el cual “*Los bancos no podrán avalar o afianzar obligaciones a favor o de cargo de instituciones financieras establecidas en el país*”. Por lo demás, los arts. 70 y 70 bis de la Ley General de Bancos, en relación con el Capítulo 11-6 de la RAN, no contemplan la posibilidad de crear una SGR como filial bancaria. Sin embargo, y tal como se planteó durante el trámite legislativo, los bancos podrían participar en una SGR como sociedad de apoyo al giro (art. 74 LGB), lo que requiere en todo caso de una autorización expresa de la SBIF y de la dictación previa de las normas pertinentes en cuanto al porcentaje de participación mínimo o máximo, capital, etc. Al respecto puede verse la discusión en torno a la indicación N° 8 presentada por el senador Sr. Vásquez, en la Comisión de Economía del Senado (*Historia de la ley...*, ob. cit., Segundo Informe de la Comisión de Economía, pág. 246).

²⁷ Es por ello precisamente que la ley española, N° 1/1994 de 11 de marzo, opta por configurar a la SGR como una sociedad especial cuyo estatuto legal se regula de manera completa en la señalada ley, sin perjuicio de algunas remisiones puntuales a la LSA (contenida actualmente en la Ley de sociedades de capital, Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

IV. CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS DE LA SGR EN EL MODELO CHILENO

Como se dijo *supra*, las sociedades de garantía recíproca se rigen por las normas de la Ley N° 18.046 en todo lo no regulado especialmente por la Ley N° 20.179, que establece para ellas una serie de requisitos especiales que las distinguen claramente de una sociedad anónima común, abierta o cerrada.

1. EL OBJETO EN LA SGR

La SGR es una sociedad anónima de giro exclusivo. Así lo señala el art. 1° de la Ley N° 20.179, en relación con el art. 3 de la misma ley, de los cuales se desprende que el objeto social de estas sociedades sólo podrá consistir en las actividades siguientes:

1.1. *Otorgamiento de garantías personales (y divisibilidad y portabilidad de garantías reales).*

Según el art. 3 letra a) de la LSGR, el objeto de la sociedad consistirá “*en el otorgamiento de garantías personales a los acreedores de sus beneficiarios, con la finalidad de caucionar obligaciones que ellos contraigan, relacionadas con sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales*”. Tales garantías –aclara la norma en su inciso penúltimo– podrán acceder a obligaciones de dar, hacer o no hacer en que el beneficiario sea el deudor principal, siempre y cuando su fuente u origen se encuentre “*dentro del giro de las actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales de éste*”. Por excepción, la misma norma permite en su inciso final que la SGR garantice los actos o contratos mediante los cuales el beneficiario transfiera créditos que posea contra terceros, adquiridos en el ejercicio de sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales y de los cuales se deriven obligaciones subsidiarias o solidarias para aquel, “*aun cuando el beneficiario no sea deudor principal*”, lo que constituye una importante herramienta para potenciar además el acceso de la Pyme a otros instrumentos de intermediación financiera como el *factoring*, también a menores costos y en mejores condiciones²⁸.

Una manifestación de especial relevancia en este sentido radica también en la posibilidad que se le reconoce a la SGR para otorgar Certificados

²⁸ Debe advertirse sin embargo que el Programa IGR-III de CORFO exige contragarantías *reales* como condición para reafianzar obligaciones con cargo al fondo de reafianzamiento, en los términos que se indican en el apartado 4.d) de dicho Programa. En consecuencia, la posibilidad de la SGR para operar con estos derechos personales o créditos y, concretamente, para recibirlos como contragarantía en los términos amplios en que se la regula por el art. 11.d) de la LSGR, se ve sin duda limitada por esta vía reglamentaria.

de Fianza como garantía técnica en todas aquellas contrataciones que presuponen un proceso de licitación previa para la Pyme, sea pública o privada, asimilándose dichos Certificados a las boletas bancarias de garantía para todos los efectos²⁹. Es por ello que en la actualidad las instituciones públicas están expresamente facultadas para incluir estos Certificados en las compras y contrataciones que efectúen a través de la plataforma de licitaciones del Estado (www.mercadopublico.cl), en reemplazo de las boletas bancarias de garantía³⁰.

Queda en claro entonces que el objetivo directo de la SGR consiste en el otorgamiento de avales o fianzas a sus beneficiarios, accionistas o terceros, para lo cual estarán liberadas –por evidentes razones operativas– de la obligación a que se refiere el art. 57 N° 5 de la LSA (art. 3, letra “d”). No podrán, en ningún caso, otorgar créditos directos a sus accionistas o a terceros, y todo acto en contravención a esta prohibición será nulo. Todavía más, los directores y ejecutivos de la sociedad, que hayan intervenido en el otorgamiento de un crédito directo, serán solidariamente responsables de los perjuicios causados con dicha infracción (art. 4 de la LSGR). Tal impedimento, que no se contempla por cierto en la LSA –no al menos en términos de prohibición absoluta–, se explica por cuanto, como se dijo *supra*, la SGR no está concebida ni facultada por la ley para competir con los bancos e instituciones financieras ni, por ende, para ejercer el giro bancario propiamente tal, en su vertiente tradicional de captación y colocación. Por el contrario, la SGR tiene por objeto cooperar con tales instituciones, flexibilizando –en cuanto garantes cualificados– los estándares crediticios y los procesos de calificación de riesgo por las que éstas se rigen, lo que mejora sustancialmente la presentación del deudor Pyme en cuanto sujeto de crédito.

Pero el mecanismo creado por la ley chilena permite identificar otros objetivos que, aunque indirectos, son también relevantes y de especial significación. Mediante el afianzamiento a través de la SGR, en efecto,

²⁹ Según el apartado 11° inc. 3° del Programa IGR-III de CORFO, “(...) los Certificados de Fianza podrán afianzar hasta el 100% del monto de la operación, tratándose de Certificados de Fianza emitidos con el objeto de garantizar obligaciones de hacer relacionadas con garantías técnicas, otorgadas a acreedores que no tengan el carácter de intermediarios financieros (...)”. Ejemplo reciente de lo señalado se manifiesta en el artículo 25 inciso final del D.S. N° 174 (D.O. de 09 de febrero de 2006, Ministerio de Vivienda y Urbanismo), que contiene el Reglamento del Programa Fondo Solidario de Vivienda. En dicha norma se señala expresamente, en efecto, que en lugar de la boleta bancaria de garantía a que se refieren los incisos anteriores de la misma norma, “el contratista podrá entregar un Certificado de Fianza emitido por una Institución de Garantía Recíproca regida por la Ley N° 20.179, clasificada en categoría A (...)”.

³⁰ Tales instrumentos serán pagaderos a la vista según lo dispone el artículo 68 del Reglamento de la Ley N° 19.886 (D.S. N° 250 de 2004, del Ministerio de Hacienda), y cumplirán las mismas funciones que las restantes garantías aceptadas en estos procesos (véase al respecto la “Directiva de Contratación Pública N° 7”, de la Dirección de Chile Compra. Disponible en: http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=12&Itemid=282 (consultado el 12 de octubre de 2011).

se aspira a liberar paulatinamente las garantías reales que se encuentran inmovilizadas en el sistema financiero, dotándolas por esta vía de una movilidad de la que tradicionalmente han carecido. De esta forma, además, se espera favorecer la competencia en el mercado crediticio, que tendrá por ende un nuevo estímulo para mejorar las condiciones de crédito ofertadas. Con todo, para que el efecto recién planteado se materialice efectivamente resulta indispensable, al mismo tiempo, que la banca cuente con los incentivos necesarios para reemplazar sus garantías reales por las garantías personales o fianzas otorgadas por la SGR. Tal constatación, pues, aunque evidente, resulta de la mayor relevancia para el éxito de estas entidades de financiamiento intermediado, cualquiera sea el modelo que ellas adopten, lo que ha llevado precisamente a los Estados en que se aplica tal mecanismo a asumir, por diversas vías y técnicas de subsidio, una activa participación en la generación de las condiciones regulatorias y de apoyo financiero necesarias para ello. Este soporte estatal, sin embargo, que los arts. 32 y ss. de la LSGR le encomiendan explícitamente a los organismos y servicios públicos autorizados para ello, no se ha reflejado hasta ahora –a nuestro entender– en políticas y programas del todo eficientes e incluso consistentes unos con otros por parte del Estado chileno, principalmente a través de CORFO³¹.

³¹ En la actualidad, CORFO mantiene vigentes dos Programas de línea de crédito distintos, que establecen regulaciones diversas y que se aplican además en forma selectiva a entidades que, sin embargo, presentan una misma condición objetiva. Nos referimos en concreto a los Programas *IGR-I* e *IGR-III*, este último aprobado por Resol. Ex. de 31 de agosto de 2011, del Comité Ejecutivo de Créditos, que consiste a su vez en la versión revisada del mismo Programa *IGR-III*, de 25 de mayo de 2011 (Resol. E. N° 0920, que ejecuta acuerdo N° 27497 del mismo Comité). Algunos aspectos de esta reglamentación, sin embargo, parecen no coincidir plenamente con la idea inicial que tuvo el legislador al crear este nuevo mecanismo de financiamiento, lo que le resta sin duda eficacia y dinamismo. A modo de ejemplo pueden mencionarse los siguientes:

a) En su “*Programa de Línea de Crédito a Fondos de Garantía – IGR-III*”, apartado 2°, letra g), CORFO limita el monto de los certificados de fianza otorgados por las SGR a sus beneficiarios, emitidos con el respaldo del respectivo fondo de garantía, los que por regla general no pueden garantizar por ende más del 80% de los saldos insolutos de los créditos respectivos. Con ello, el 20% del riesgo involucrado en la operación de crédito debe asumirlo el acreedor, lo que constituye un vistoso desincentivo para los agentes crediticios y un obstáculo injustificado para la competitividad de la SGR frente a los instrumentos de crédito directo que entrega CORFO, de menor costo relativo por cierto, y una contradicción a nuestro juicio con la voluntad manifestada por el legislador en orden a dar movilidad a las garantías reales cautivas en el sistema financiero mediante su reemplazo por Certificados de Fianza.

b) Por otra parte, y a diferencia de lo que ocurre con el Programa *IGR-I* de CORFO (vigente para aquellas instituciones de garantía recíproca que obtuvieron líneas de crédito antes de la entrada en vigencia del primer Programa *IGR-III*, de 25 de mayo de 2011), el actual Programa exige en su apartado 4°, letra d), que los Certificados que son reafianzados por los fondos de inversión cuenten con el respaldo de garantías reales otorgadas a la respectiva SGR. Según la regla mencionada, en efecto, “(...) una vez transcurridos 365 días corridos desde la emisión del primer certificado de fianza, los montos afianzados deberán contar con respaldo de contragarantías, valorizadas según lo dispuesto en la Circular N° 1 para Sociedades de garantía Recíproca de la SBIF, de al menos el 60% del valor de los certificados vigentes”. Tratándose de las IGR que soliciten por primera vez una línea de crédito a beneficio

En síntesis, por la vía de su fianza o aval personal la SGR logra romper con la tradicional vinculación y dependencia que existe entre el crédito y la constitución previa de una garantía real a favor del banco o entidad financiera que lo otorga, lo que amén de agilizar los procesos de entrega material de los recursos y mejorar las condiciones del crédito mismo, disminuye significativamente los costes de transacción involucrados en dicha operación y en la constitución de las señaladas garantías, cuando se cuenta con ellas. Del mismo modo, mediante el afianzamiento que otorga la SGR se pretende maximizar la aptitud que tienen los activos del deudor en cuanto bienes de garantía, de manera tal que un mismo bien o derecho pueda servir como garantía para diversas operaciones de afianzamiento. Dicho en otros términos, y a diferencia de lo que ocurre con los acreedores financieros que mantienen cautivos los bienes recibidos en garantía –y con ello a sus deudores Pyme³²–, el mecanismo de financiamiento indirecto que aplica la ley a través de la SGR permite dividir financieramente las contragarantías reales que éstas reciben de los terceros beneficiarios, las que por lo mismo pueden contragarantizar una multiplicidad de operaciones de afianzamiento; tantas cuantas

de un fondo –agrega la disposición–, el porcentaje indicado será del 20% respecto de esa primera línea, el que a partir de los 730 días corridos desde la emisión del primer certificado de fianza se incrementará al 60%. Tal exigencia, sin embargo, constituye a nuestro parecer un importante obstáculo para muchas Pymes que no cuentan con tales garantías y, por ende, una *contradictio in substantia* de cara a los objetivos de política pública que tuvo en mente el legislador, considerando que fue precisamente éste el factor que llevó a crear un sistema indirecto de financiamiento para dichas empresas, que no dependiese de las señaladas garantías reales.

c) Por último, otro aspecto relevante, que no se contemplaba tampoco en el Programa IGR-I de CORFO –o al menos no en los términos que hoy se recogen en el Programa IGR-III– se relaciona con el costo que debe asumir la SGR para acceder a los recursos estatales de apoyo. Según el Programa inicial –IGR-I–, aplicable aun para algunas sociedades de garantía recíproca como ya se explicó, las líneas de crédito estatales tienen un costo anual contingente equivalente a un 5% de la rentabilidad del fondo de garantía constituido con el crédito subordinado de CORFO, lo que en la realidad implica una carga financiera prácticamente nula para la SGR si consideramos que la rentabilidad del fondo depende de la clase de instrumentos en que pueden invertir esos recursos. Más aun, la base de cálculo del señalado porcentaje no puede pasar del 25% de la rentabilidad del fondo, durante toda la vigencia del crédito. En el Programa *IGR-III* en cambio, la tasa antes indicada es reemplazada por una tasa anual y variable de interés equivalente a TAB 360 sobre UF, con un periodo de gracia de 24 meses durante los cuales se devengará igualmente el interés señalado para los efectos de su capitalización, al final del periodo referido (*IGR-III*, apartado 7, sobre “Condiciones de los créditos”). De esta forma entonces, y dependiendo del monto de la línea autorizada por CORFO en cada caso, bien puede ocurrir que el interés exigido por esta última sea incluso superior a la rentabilidad generada en el mismo periodo por la inversión de los recursos del fondo, lo que eventualmente podrá repercutir en la comisión que la SGR le cobra al beneficiario Pyme.

³² Según estudios de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras –SBIF–, las empresas de menor tamaño en Chile sólo mantienen registro de crédito en una sola institución bancaria. En concreto, la microempresa que accede al crédito bancario lo hace en promedio en un banco, mientras que la Pyme registra un promedio de 1,3 bancos en total (ARRIAGADA M., Gustavo, “Algunas reflexiones en torno a la problemática del acceso de las Pymes a los Servicios Financieros”, SBIF, Santiago, mayo de 2006, p. 13. Disponible en http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/DISCURSOS_4971.pdf. Consultada el 12 de octubre de 2011).

toleren las políticas de garantía y control de riesgo de la sociedad, de cara a los respectivos márgenes estatutarios a que se refiere el art. 5 N° 2 de la LSGR.

1.2. *Asesoramiento técnico, económico, legal y financiero de la Pyme*

La ley chilena ha puesto especial atención en la necesidad de complementar el apoyo financiero que se otorga a la Pyme –a través del afianzamiento de sus obligaciones– con el respaldo que tales empresas requieren en cuanto a su planificación y gestión de negocios. Para ello entonces, según el art. 3, letra a) inc. 2° de la LSGR, la SGR estará facultada especialmente para “*prestar asesoramiento técnico, económico, legal y financiero a los beneficiarios*”, lo que refuerza su carácter de herramienta de apoyo al emprendimiento Pyme.

Uno de los factores que dificultan el dinamismo de la Pyme, resultante acaso de los factores que mencionábamos *supra*, consiste precisamente en sus deficientes estructuras jurídico-empresariales³³ y en la falta de recursos técnico-profesionales suficientemente cualificados al interior de las empresas. Tal aspecto, manifestado en la improvisación con que muchas de ellas operan a la hora de planificar, administrar y ejecutar sus proyectos productivos, constituye a su vez un elemento que incentiva generalmente las desconfianzas del mercado crediticio de cara al financiamiento externo de tales emprendimientos, en una suerte de círculo vicioso que la ley procura romper finalmente mediante el asesoramiento adicional que pueden prestar las SGR. Amén de garantizar la operación de crédito, en fin, la SGR le proporciona a los empresarios Pyme una guía especializada y eficaz para el análisis, evaluación y ejecución de sus proyectos, lo que mejora sustancialmente la presentación de los mismos ante el sistema financiero.

1.3. *Administración de fondos de reafianzamiento*

La ley autoriza también a la SGR para administrar los fondos de garantía a que se refiere el art. 33 del mismo cuerpo normativo, que faculta a su turno a los organismos y servicios públicos autorizados para aportar recursos financieros a uno o más fondos de inversión privados, “*con la única finalidad de afianzar las obligaciones que, por su parte, la Institución afiance y que constituyan el objeto del fondo (...)*”.

A diferencia de otros modelos entonces, que optan por un sistema de reafianzamiento compuesto por la interacción de dos sociedades distintas

³³ En Chile, según estudios de la SBIF, más del 70% de la Pyme bancarizada está compuesta por empresarios personas naturales, de los cuales un 93% corresponden a microempresarios, 75% a medianos empresarios y un 51% a la empresa mediana (ARRIAGADA, ob. cit., p. 11).

(la SGR y la Sociedad Anónima de Reafianzamiento³⁴ como entes jurídicos separados), la ley chilena ha preferido canalizar el aporte estatal a que se refiere el art. 32 por una vía distinta, echando mano para ello a una figura jurídica preexistente y de larga data en el ordenamiento chileno. Se trata en concreto de los fondos de inversión privados regidos por lo dispuesto en el Título V de la LSGR, que regula el funcionamiento y fiscalización de las IGR por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, y además por las normas contenidas en el Título VII de la Ley N° 18.815, sobre Fondos de Inversión, las que le serán aplicables por ende a la SGR en cuanto administradora de fondos autorizada por la ley.

Si bien no existen en el trámite legislativo mayores antecedentes sobre las razones y fundamentos que llevaron a optar por esta variante –que no se contemplaba por cierto en el proyecto original³⁵–, nos parece que el propósito de dicha estructura es doble y tiende, en cada caso, a generar las condiciones necesarias para que el diseño escogido por el legislador pueda autosustentarse en su etapa de madurez a largo plazo, sin la intervención financiera del Estado en cuanto factor determinante. Revisemos este aspecto por separado:

a) En primer término, la administración que se le confiere a la SGR constituye sin duda un incentivo para aquellos inversionistas interesados en desarrollar una industria que, como ya se dijo, es aun incipiente en nuestro medio. Por esa vía, pues, los inversores pueden acceder a una rentabilidad adicional reflejada esta vez en las comisiones a que tiene derecho la SGR, como entidad administradora del fondo, las que se incrementarán además en la medida que dicha gestión de administración sea activa y eficiente³⁶.

b) En este esquema, además, se logra mantener una radical separación entre la propiedad de los recursos estatales –por un lado– y su administración –por el otro–, asumiendo así el Estado un rol subsidiario en cuanto a la gestión de los mismos. La primera –la propiedad– queda radicada y

³⁴ Así por ejemplo ocurre en el sistema español, en donde conjuntamente con las sociedades de garantía recíproca operan las denominadas Sociedades de Reafianzamiento, reguladas en la Ley N° 1/1994 –de 11 de marzo– y en el RD 1644/1997 y concebidas como entidades esencialmente participadas por el Estado, cuya constitución (a diferencia de lo que ocurre con la SGR en Chile) requiere de autorización administrativa previa. Algo similar se da también en el caso venezolano, estructurado precisamente con base en las SGR –que pueden ser nacionales o regionales– y en los denominados “fondos nacionales de garantías recíprocas”, que se constituyen también bajo la forma de sociedades anónimas con participación estatal (arts. 5 y ss. del Decreto con Rango y Fuerza de Ley N° 251, Diario Oficial el 11 de agosto de 1999).

³⁵ La opción por los fondos de inversión surgió en el marco del primer informe de la Comisión especial de Pymes, a raíz de una indicación del ejecutivo para introducir al proyecto de ley original el art. 31 nuevo (*Historia de la ley.*, ob. cit., p. 98).

³⁶ Sobre la forma de calcular el monto de la comisión que puede cobrar actualmente la SGR al Fondo, véase el Programa *IGR-III*, apartado 4, letra h). Dicha comisión, con todo, es sustancialmente menor a la que pueden cobrar aun aquellas SGRs constituidas durante la vigencia del Programa *IGR-I*, actualmente aplicable para ellas, lo que genera una clara discriminación arbitraria en el tratamiento que reciben unas y otras.

se refleja en la adquisición de cuotas por parte de CORFO, que asume por ende la calidad de aportante del fondo respectivo. La segunda en cambio –la administración– queda reservada a la SGR en cuanto administradora del fondo art. 3.a) de la ley, sin que exista una injerencia directa del Estado aportante como ocurre, por ejemplo, con las sociedades de reafianzamiento del sistema español antes mencionadas (sin perjuicio de las atribuciones propias de la Asamblea de aportantes, claro está)³⁷.

2. EL CAPITAL DE LA SGR

A modo de observación general, debe destacarse que en estas sociedades el capital asume una función esencialmente garantista de cara a los terceros acreedores de los créditos otorgados a los beneficiarios, más que de explotación social según pasamos a revisar³⁸. Sin perjuicio de ello, diversos son los aspectos que deben abordarse en este punto, cada uno distintivo de la SGR de cara a la regulación de las sociedades anónimas en general.

2.1. *Capital mínimo*

La Ley N° 20.179 establece para estas sociedades en particular la obligación de contar con un capital mínimo inicial equivalente a 10.000 Unidades de Fomento, el que deberá mantenerse como patrimonio también mínimo durante toda la vigencia de la sociedad (art. 3.c de la LSGR). Nótese sin embargo que la ley habla aquí, en un mismo literal incluso, de *capital* mínimo inicial –por una parte– y *patrimonio* mínimo –por la otra–, no obstante que ambos conceptos –capital y patrimonio– no pueden confundirse entre sí. “La confusión entre estos dos instrumentos de la vida social –dice Vivante³⁹–, uno formal y otro material, puede dar lugar a muchos equívocos peligrosos para la interpretación de la ley, si aquéllos no se mantienen separados”, lo que refleja precisamente la confusa situación que genera el texto del art. 3 letra c) de la LSGR, antes mencionado.

Surge la necesidad de definir entonces si el art. 3 letra c) de la LSGR, al utilizar los dos conceptos antes indicados, lo hace considerándolos en su correcta dimensión –y por ende como términos distintos– o, por

³⁷ El sistema adoptado por la LSGR es consistente además con lo que señala el art. 25 inc. 6° de la Ley N° 6.640 (Ley Orgánica de CORFO), que contempla una vía indirecta de apoyo crediticio por parte de la referida entidad de fomento. Según la norma señalada, en efecto, complementada ahora por lo dispuesto en el art. 33 de la Ley N° 20.179, “*La colocación de recursos crediticios de la Corporación será efectuada solamente a través de préstamos a bancos, instituciones financieras y empresas de leasing. Su objeto será financiar proyectos de inversión en los rubros que determine su Consejo*”.

³⁸ En el mismo sentido GARCÍA VILLAVARDE, Rafael, “Las sociedades de garantía recíproca”, en “*Revista de Derecho Mercantil*”, N° 155 (enero– marzo 1980), pp. 71 a 95.

³⁹ VIVANTE, César, *Trattato di diritto commerciale*, Tomo II, *Le società commerciali*, 5ª edición, Francesco Vallardi, Milán, 1922-1926, p. 192.

el contrario, los asimila conceptualmente como una misma cosa, pese a lo dicho *supra*. Tal definición no es en modo alguno indiferente, pues en el primer escenario tendría que aceptarse el caso de una SGR con un *capital* inferior a las 10.000 U.F. –durante su vigencia, claro está–, en la medida que su *patrimonio* fuese igual o superior a dicha cifra; mientras que en la segunda de las hipótesis planteadas tal posibilidad no sería legalmente admisible.

A primera vista debiésemos concluir que el legislador, al utilizar en un mismo literal dos conceptos diversos, lo ha hecho porque conoce precisamente el significado y el alcance de cada uno (art. 21 del Código Civil), con las consecuencias que de ello se derivan. Por ende, la tentación de optar por la primera de las hipótesis planteadas pareciera ser, a primera vista al menos, la más razonable y la única posible.

Sin embargo, el panorama recién descrito se complica sustancialmente al relacionar la disposición legal antes citada con otras de la misma ley, que tratan sobre la misma materia. Según el art. 17 letra b) de la LSGR, en efecto, “*Para ejercer el giro de Institución de garantía Recíproca, se deberá acreditar previamente ante la Superintendencia de bancos e Instituciones Financieras: b) Que tienen un patrimonio igual o superior a 10.000 unidades de fomento, acreditado en conformidad a las instrucciones que imparta la Superintendencia. Estas mismas circunstancias deberán ser acreditadas, además, anualmente ante la Superintendencia*”. Según la norma citada entonces, la SGR constituida en conformidad a las reglas especiales del art. 3 sólo puede entrar en funcionamiento y desarrollar su giro exclusivo previa autorización de la SBIF, debiendo cumplirse para ello con una serie de requisitos. Entre éstos, como se dijo, la ley exige que se le acredite al ente fiscalizador que la sociedad, antes de iniciar sus operaciones, cuenta con un *patrimonio* igual o superior al monto indicado, sin hablar ya de *capital inicial* como hace en el art. 3 letra c), lo que pareciera indicar a fin de cuentas que el legislador ha utilizado aquí dichos términos en forma indistinta, asimilándolos materialmente en torno a una concepción unívoca –aunque errónea– de capital social.

Con todo, la alternativa anterior tampoco puede sustentarse de modo indubitado por cuanto el *capital social* y el *patrimonio social*, si bien son conceptualmente distintos, siempre van a coincidir entre sí al constituirse la sociedad y antes de que ésta dé curso a sus operaciones. Por lo mismo, la utilización del término *patrimonio* que hace el art. 17 letra c) bien puede entenderse en este sentido restrictivo o de fase primaria, de *patrimonio inicial* igual al *capital social*, sin perjuicio de las diferencias sustanciales que presentan ambos conceptos y que el propio legislador ha destacado en otras oportunidades⁴⁰.

⁴⁰ Así por ejemplo, el art. 51 de la Ley General de Bancos distingue claramente entre capital y patrimonio al referirse al pago del capital mínimo inicial. Según la norma referida, pues, “*Al tiempo de otorgarse la escritura social de un banco o de autorizarse el funcionamiento*

Por lo anterior, y considerando principalmente la finalidad que la ley le asigna a la SGR como entidad intermediadora de crédito y vehículo de apoyo financiero indirecto a la Pyme, entendemos que el capital mínimo inicial a que se refiere el art. 3 debe mantenerse como tal durante toda la vigencia de la sociedad; aun cuando la ley no lo señale expresamente y pese a la notoria confusión que muestra en este sentido. Para sostenerlo así pueden mencionarse los siguientes fundamentos:

a) En primer lugar, el art. 7 de la LSGR establece que toda institución de garantía recíproca deberá constituir un fondo de reserva patrimonial con cargo a los resultados de la operación social, el que estará destinado a absorber las pérdidas futuras. Dicho fondo será “*de un valor equivalente, al menos, al 20% del capital*” (art. 7 inc. 1º) y “*se incrementará con los montos que se generen por la parte proporcional de las utilidades que correspondan a los accionistas (...), debiendo destinarse a lo menos un 25% de ese monto para aumentar dicho fondo*” (art. 7 inc. 3º). Mientras el fondo no acumule recursos por el 20% mínimo del *capital pagado*, no podrán repartirse dividendos (art. 7 inc. 2º).

Parece claro entonces que al referirse la ley al *capital* y luego al *capital pagado*, tomándolo como base de cálculo del monto mínimo del fondo de reserva y como umbral habilitante de la distribución de utilidades –respectivamente–, lo hace en el entendido de que dicho capital no puede ser nunca inferior al establecido en el art. 3.c); ni en el estadio fundacional de la sociedad ni durante su vigencia. De lo contrario, en fin, bastaría con que la junta extraordinaria de accionistas acordara rebajar el capital social –manteniendo el *patrimonio* en el rango legal mínimo– para que el monto mínimo del fondo de reserva patrimonial se viera afectado consecuentemente, por efecto precisamente de la rebaja convencional de su base de cálculo. Todavía más, por esta vía los accionistas podrían burlar incluso las pautas que establece la ley para la distribución de utilidades, rebajando simplemente el capital pagado de la sociedad y con ello el monto mínimo del fondo de reserva, en perjuicio de los acreedores garantizados y en fraude de la ley.

c) Por otro lado, el art. 23.a) de la LSGR, al tratar sobre las medidas para enfrentar la insolvencia de la SGR, distingue sin duda entre el capital mínimo y el patrimonio de la sociedad, presumiendo la insolvencia de la misma cuando su *patrimonio*, después de descontadas las pérdidas acumuladas del ejercicio en que se generen, “*sea inferior al capital mínimo señalado en el artículo 3*”.

de una sucursal de banco extranjero, el capital mínimo deberá estar pagado en un 50%. No existirá un plazo para enterar el saldo. Sin embargo, mientras el banco no alcance el capital mínimo señalado en el artículo 50, deberá mantener un patrimonio efectivo no inferior al 12% de sus activos ponderados por riesgo, proporción que se reducirá al 10% cuando tenga un patrimonio efectivo de 600.000 unidades de fomento(...).”

d) Por último, debe considerarse que la LSGR se inscribe dentro de un ámbito normativo –el derecho de sociedades– en donde el libre juego de la libertad de los socios, que asumen el carácter de contratantes en la fase constitutiva de la sociedad, se ve restringida por el ordenamiento jurídico a partir de ese preciso momento originario y durante toda su vigencia como sujeto autónomo de derecho, en torno al cual confluyen y se entrelazan múltiples y diversos intereses que se manifiestan tanto en las relaciones internas que se generan entre los socios y la misma sociedad y/o sus administradores, cuanto respecto de los terceros que contratan o se vinculan jurídicamente con aquella. Tal fenómeno, por lo mismo, impone la necesidad de restringir la autonomía particular de las partes a la hora de definir sus obligaciones y derechos societarios recíprocos, mediante normas imperativas o de *ius cogens* cuya infracción genera la nulidad de lo actuado y las responsabilidades civiles y/o administrativas –e incluso penales en ciertos casos– de quienes las han vulnerado. A la luz de la teoría de la ficción que recoge el derecho chileno, además, la personalidad jurídica que surge del contrato de sociedad –y que la diferencia por lo mismo de los socios individualmente considerados– constituye un atributo que deriva en último término del Estado, que la crea y reconoce precisamente como resultado del cumplimiento de las formas y requisitos que el mismo ordenamiento jurídico, en base a razones de orden público y de seguridad jurídica, ha definido para ese preciso efecto. Con todo, se trata aquí “*de una regulación de ius cogens o derecho necesario, pero sólo de mínimos*”⁴¹, de manera que los socios o accionistas bien pueden superar el piso o umbral normativo, pero nunca rebajarlo.

Puede concluirse entonces que la exigencia del art. 3.c) de la Ley N° 20.179 constituye un elemento distintivo de la SGR, establecido con base en su objeto social específico y que la sitúa por lo mismo dentro del reducido elenco de sociedades anónimas que requieren en Chile de un capital mínimo para constituirse y/o para funcionar (v. gr. los bancos, las administradoras de fondos autorizados por ley, las bolsas de valores, compañías de seguros, etc.). Tal exigencia, excepcional como se dijo en el derecho chileno de sociedades de capital, se explica precisamente por la especial función que la ley le asigna a la sociedad de cara a los intereses suprasocietarios involucrados en su gestión, asumiendo por ende una clara función de garantía que matiza en alguna medida –insuficiente a nuestro entender– la responsabilidad limitada de los accionistas por las obligaciones sociales. Dicho en otros términos, el capital mínimo de la SGR constituye un elemento configurador de este subtipo societario,

⁴¹ Así lo señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de septiembre de 2002, Aranzadi Westlaw, JUR 2003\22969. Un completo análisis de esta sentencia se encuentra en FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por ‘justa causa’ en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005”, en “*Revista de Derecho de Sociedades*”, N° 26, 2006, pág. 282 y ss.

establecido por la ley con miras a la tutela de intereses que trascienden al puro interés individual de los accionistas y que, por lo mismo, resulta indisponible en todo lo que afecte al señalado *mínimum* legal. En este entendido cobra pleno sentido además el art. 3.c) de la LSGR, que amén de exigir un *capital* social mínimo *ab initio*, requiere también un *patrimonio* mínimo *ex post* para impedir precisamente que el primero, por obra y determinación de los accionistas, se transforme en la variable puramente nominal de un *patrimonio* cargado de pérdidas, de ninguna significación financiera real por ende⁴².

De lo dicho se desprende, en síntesis, que el capital mínimo a que se refieren los arts. 3.c), 7 y 17 de la LSGR no puede ser rebajado por la junta extraordinaria de accionistas. Un acuerdo en tal sentido, por lo mismo, sería nulo e impugnabile como tal por un accionista disidente o por cualquier tercero interesado, tal como lo señalan expresamente aquellas normativas que sirvieron de modelo a la chilena⁴³. Distinta es la situación si la reducción del capital estatutario no infringe el mínimo legal ya mencionado ni afecta el piso de solvencia patrimonial que establece la ley en el art. 3.c), pues en tales casos no existe razón alguna para limitar la autonomía de la voluntad de los accionistas. Por lo mismo, y considerando nuevamente la función de intermediación financiera que cumple la SGR de cara al acceso eficiente de la Pyme al crédito, echamos en menos en esta parte una mayor protección y mecanismos de resguardo mínimo para aquellos acreedores de los accionistas o de terceros que han sido garantizados por la SGR y que, precisamente, tuvieron en cuenta la situación de solvencia del garante al momento de aceptar y recibir su garantía. Es este el objetivo que persigue por ejemplo el art. 49.1 de la ley española, al conceder un derecho de oposición a los acreedores de los socios partícipes a cuyo favor la SGR ha dado una garantía⁴⁴.

⁴² Como apunta PUGA, “sociedades con grandes pérdidas pueden alienar su capital social en breve tiempo y sociedades con grandes utilidades acumuladas pueden figurar con capitales estatutarios menores” (PUGA, *ob. cit.* p. 140).

⁴³ Así por ejemplo, el art. 7.2 de la ley española señala en este sentido que “*La reducción del capital social por debajo de la cifra mínima fijada en los estatutos o el aumento del mismo por encima del triple de dicha cantidad exigirán el acuerdo de la junta general, adoptado según los requisitos establecidos para la modificación de estatutos*”. El mismo art. 7, en su tercer numeral, aclara que “*En cualquier caso, las reducciones del capital social previstas en los dos apartados anteriores no podrán ser válidamente acordadas sin respeto de los requisitos mínimos de solvencia*”. El art 49.3 de la misma ley, por su parte, señala que “*Será nulo también el acuerdo de reducir la cifra del capital social a una cantidad inferior a la establecida en el artículo 8*”, que a su vez establece que “*El capital social mínimo de las sociedades de garantía recíproca no podrá ser inferior a 300.000.000 de pesetas*” (art. 8.1).

⁴⁴ Como contrapartida de la limitación de responsabilidad de los socios que la ley establece respecto de las obligaciones sociales, la ley española le reconoce a los acreedores garantizados la facultad de impetrar la suspensión temporal de la ejecución de un acuerdo de reducción de capital de la SGR, en tanto no se les garantice adecuadamente el pago de sus créditos (lo que constituye a nuestro entender un resguardo lógico y necesario para el adecuado funcionamiento y la confiabilidad de este particular sistema de garantías). Para hacer efectivo el ejercicio de este derecho, la misma ley asegura a dichos acreedores una amplia información

2.2. *En cuanto a la forma de enterar el capital social*

Un segundo aspecto no resuelto por la LSGR consiste en determinar si el pago de las acciones que conforman el capital social de la SGR debe hacerse sólo en dinero o si, por aplicación del art. 15 de la LSA, puede realizarse también “*con otros bienes*” si los estatutos así lo autorizan. Nuevamente, y a diferencia de lo que ocurre con otras sociedades anónimas de capital mínimo⁴⁵, la LSGR nada dice en este punto, lo que llevaría a aplicar supletoriamente en esta parte lo dispuesto por el art. 15 de la LSA.

Nos parece sin embargo que tampoco resulta posible extrapolar el mecanismo común o general de entero de los aportes de la LSA a la particular figura de la SGR:

a) Primero, porque el art. 6 inc. 1º de la LSGR señala que “*Los recursos de la Institución de Garantía Recíproca deberán ser invertidos en los instrumentos y otros bienes expresamente autorizados por su respectivo estatuto (...)*”, lo que presupone precisamente la existencia de recursos líquidos que puedan ser *invertidos*.

b) Por otra parte, el art. 15 de la LSA, si bien permite el pago de las acciones con *otros bienes*, exige que en tales casos los aportes sean estimados por peritos “*salvo acuerdo unánime de las acciones emitidas*”. En consecuencia, y tratándose concretamente de las sociedades anónimas de garantía recíproca, la avaluación por unanimidad de los bienes aportados a la sociedad podría derivar en una eventual manipulación por parte de los accionistas de los mínimos legales de capital y de solvencia patrimonial establecidos en el art. 3 de la LSGR, ya citado, con el consiguiente riesgo para los acreedores que han recibido certificados de fianza emitidos por la sociedad.

2.3. *Capital suscrito y capital pagado*

Otro aspecto relacionado relevante consiste en determinar si a este subtipo societario se le aplica la norma del art. 11 de la LSA, que permite constituir válidamente una sociedad anónima con la sola estipulación y suscripción de su capital, postergando el pago de las acciones respectivas por el plazo máximo legal.

respecto de cualquier acuerdo de reducción de capital, imponiéndole a la SGR el deber de publicar dicho acuerdo por tres veces en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en tres periódicos de los de mayor circulación en la provincia donde la sociedad tenga su domicilio, además de notificar directamente a las entidades acreedoras de los socios partícipes a favor de las cuales haya prestado garantía la sociedad. Practicada la publicación del último anuncio –agrega la norma citada–, la reducción de capital no podrá llevarse a cabo durante un mes, plazo que se le otorga precisamente a los acreedores para ejercer su derecho de oposición.

⁴⁵ Así por ejemplo, el art. 49.1 de la Ley General de Bancos señala expresamente que “*Los aportes de los accionistas sólo podrán consistir en dinero efectivo, esto es, en moneda legal de Chile (...)*”.

A diferencia de lo que ocurre en otros casos, en que la ley resuelve expresamente este punto⁴⁶, la LSGR nada dice en este sentido por lo que, en principio, debiese aplicarse la norma recién mencionada sin mayores restricciones. Por lo demás, el art. 1° de la mencionada ley hace aplicables las normas de la Ley N° 18.046, sin señalar una regla especial diversa en el art. 3, a lo que debe sumarse la circunstancia de que el art. 6 de la señalada LSGR confiere un amplio marco de acción a la autonomía de la voluntad de los accionistas a la hora de definir en qué instrumentos o activos se invertirá dicho capital.

Sin embargo, podemos decir con De La Cuesta y González⁴⁷ que la función de garantía del capital la cumple no el capital *suscrito* de la SGR, sino su capital mínimo enteramente *pagado* o desembolsado⁴⁸, de manera que aun cuando la ley chilena no lo señale expresamente –como hubiésemos esperado por cierto–, la exigencia de capital mínimo no se justifica si no va acompañada de la obligación de desembolso íntegro del mismo, al momento de la constitución de la sociedad o a lo menos al requerirse la autorización de funcionamiento a que se refiere el art. 17 de la LSGR⁴⁹. Debemos reiterar además en esta parte lo señalado *supra* en cuanto a la especial función que se le asigna a la SGR en el sistema financiero chileno y a la finalidad que debe cumplir, por ende, su capital mínimo. Así parece confirmarlo –aunque de modo impreciso– la Circular N° 1 de la SBIF, ya mencionada, capítulo I, N° 3.

⁴⁶ Así por ejemplo, el art. 7 del D.F.L. N° 251, sobre Compañías de Seguros, señala expresamente que la autorización de existencia de las compañías de seguros presupone que el capital mínimo que establece la misma disposición se encuentre íntegramente suscrito y *pagado* al momento de la constitución. Lo mismo ocurre con las sociedades administradoras de fondos de terceros en general (v. gr. art. 3.c de la Ley N° 18.815) y con los bancos (art. 50 de la Ley General de Bancos), entre otros.

⁴⁷ *Cfr.* DE LA CUESTA RUTE, José María y GONZÁLEZ VÁSQUEZ, José Carlos, “Modificación de estatutos, aumento y reducción de capital social en la sociedad de garantía recíproca”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 19, N° 80, 2000, p. 130.

⁴⁸ Así lo señala también la ley española sobre SGR, cuyo art. 8 parte con el encabezado “*Importe exigido para la cifra mínima del capital social desembolsado*”.

⁴⁹ La misma norma, en su literal c), señala que será la SBIF la encargada de fijar mediante instrucciones las pautas de acreditación del patrimonio mínimo legal. En este sentido, la Circular N° 1 SBIF, sobre “Normas generales para firmas evaluadoras de instituciones de garantía recíproca”, cuyo Capítulo II trata precisamente sobre el contenido del informe de fiscalización a que se refiere a su turno el art. 18 de la LSGR, señala en su letra d) que entre los aspectos a informar se cuenta precisamente el deber de “*constatar que las políticas y procedimientos vigentes en materia de solvencia permiten una evaluación continua de la base patrimonial requerida para enfrentar las pérdidas inesperadas asociadas a sus operaciones, considerando para ello tanto las exposiciones dentro como fuera de balance y los efectos mitigadores de las contragarantías y reafianzamientos disponibles*”. Tratándose del primer informe de evaluación, además, la circular referida destaca especialmente la necesidad de verificar que la estructura del capital social mínimo de toda SGR que opte a la clasificación en categoría “A”, según el artículo 18 de la Ley y el Título II de la Circular para Sociedades de Garantía Recíproca, “debe centrarse en el cumplimiento de los requisitos de capital mínimo y los activos en que se encuentra invertido”, lo que presupone también su entero desembolso.

Nada impide, con todo, que la SGR cuente con un capital suscrito y no pagado superior al mínimo legal, el que se registrará –ahora sí– por las normas ya citadas de la LSA.

2.4. *Infracapitalización sobrevenida e insolvencia de la SGR*

La LSGR chilena, junto con exigir un capital social mínimo en la constitución de la sociedad y durante toda su vigencia, no ha contemplado al mismo tiempo, como concreta causal de disolución de la misma, la disminución de dichos mínimos durante un periodo determinado. Lejos de ello, en su art. 27 la ley se limita a invocar simplemente las causales de disolución contempladas a su turno en la LSA, consignando luego algunas excepciones que, en lo que aquí concierne, no alteran lo recién señalado. Todavía más, de la lectura de los arts. 23 y ss. de la misma ley se desprende que el legislador chileno no ha querido consagrar la infracapitalización sobrevenida como una causal de disolución de la sociedad –como sí lo hace, v. gr. la ley española ya mencionada⁵⁰–, lo que presupone un tratamiento normativo también particular de cara al fenómeno de la insolvencia de la SGR.

Considerando que la SGR no es una sociedad anónima especial como ya se dijo, la ley no ha podido contemplar aquí, como medida conservativa de última *ratio* frente al estado de insolvencia de la misma, la revocación de la autorización de existencia que sí se contempla en cambio cuando se trata de bancos y compañías de seguros⁵¹, por poner algunos ejemplos. La LSGR no ha contemplado tampoco una causal de disolución equivalente a la señalada revocación, optando en cambio por replicar los mecanismos de prevención, mitigación y control de insolvencia establecidos para los bancos en el Título XIV de la Ley General de Bancos –LGB–, Párrafos 1º y 2º, aunque sin llegar, como ya se dijo, a la disolución como sanción. Así, la ley le impone a la SGR y a sus administradores las mismas obligaciones de capitalización y de información que establecen los arts. 118 y 119 de la LGB, respectivamente, a lo que se suma la obligación que tiene el directorio de ambas sociedades –SGR y bancos– en orden a presentar proposiciones de convenio judicial preventivo a los acreedores, “*en el plazo de 10 días contado desde que se haya detectado la falta de solvencia*” (art. 25 de la LSGR y art. 122 de la LGB), pero en ninguna parte se refiere a la disolución de la sociedad.

La diferencia sustancial entonces, entre la normativa aplicable a los bancos y a la SGR en insolvencia, radica en que si bien en ambos casos se ha optado por evitar la disolución de pleno derecho de la sociedad, en el caso de los bancos la decisión en tal sentido se la entrega la ley al

⁵⁰ *Vid.* art. 59.1.d) y e) de la ley española.

⁵¹ Así lo señala el art. 73 del D.F.L. N° 251, tratándose de las compañías de seguros, y el art. 130 de la LGB en el caso de los bancos, ambos en relación con el art. 103 N° 4 de la LSA.

Superintendente de la SBIF vía revocación de la autorización de existencia (art. 130 LGB), mientras que en la SGR la disolución por insolvencia queda supeditada a una declaración previa de quiebra por sentencia firme y a la declaración judicial también ejecutoriada dada en los términos del art. 105 de la LSA. Nunca podrá quedar sujeta sin embargo a la autorización adicional de los acreedores, como podría desprenderse de lo señalado por el art. 28 inc. 1° de la LSGR, pues entendemos que dicha norma –y tal autorización– sólo resulta aplicable a los casos en que la disolución se origina en un acto volitivo de la sociedad (art. 103 N° 3 y N° 6 de la LSA) o de sus accionistas individualmente considerados (art. 103 N° 2), según se verá en el apartado siguiente.

3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACCIONISTAS

Tratándose de los derechos y obligaciones de los accionistas de una SGR, la Ley N° 20.179 establece también una serie de particularidades de interés según pasamos a revisar.

3.1. *Derecho a ser afianzado por la sociedad y proporcionalidad entre el monto garantizado y el capital aportado*

Una de las características distintivas de la SGR, como ya se dijo, consiste en la vocación mutualista que ésta puede asumir de cara a sus accionistas y a los beneficios directos que éstos reciben –o pueden recibir– de la sociedad, más allá de la participación en el reparto de sus utilidades. Es ese mismo carácter o vocación, sin embargo, lo que lleva al legislador a exigir por contrapartida que los estatutos sociales definan *a priori* y de manera estable el monto máximo de las obligaciones de cada accionista que la sociedad puede afianzar, tomando como base de cálculo para ello el capital suscrito y pagado que cada uno haya aportado. Así lo señala el art. 5.3 de la LSGR –que recoge básicamente el texto del art. 18, letra p), de la ley española ya mencionada–, cuya finalidad apunta a asegurar un trato igualitario y no discriminatorio hacia los distintos accionistas/potenciales beneficiarios de la sociedad por la vía de definir, en forma objetiva y con rango orgánico-estatutario, el ámbito material de ejercicio de tal derecho. El monto de las garantías a otorgar por la sociedad a sus accionistas individualmente considerados, en fin, dependerá de la participación que tenga cada cual en el capital social, lo que constituye un parámetro objetivo que define, concretamente, el *límite subjetivo específico de garantías* que el accionista puede recibir.

En el modelo chileno de SGR, que se aparta como se dijo de la finalidad puramente mutualista al permitir el afianzamiento de obligaciones contraídas por terceros que no sean accionistas, la ley ha tenido que añadir una segunda limitante estatutaria en este sentido, que podríamos

denominar como *límite objetivo general de garantías* y que apunta a fijar, adicionalmente, “*los porcentajes máximos de las garantías que la entidad puede otorgar en relación con su patrimonio, con el valor de los fondos de garantía que administre o con las contragarantías que se le haya rendido*” (art. 5.2 de la LSGR). En consecuencia, la ley chilena contempla aquí un sistema compuesto de limitantes para el otorgamiento de garantías por parte de la SGR, que complementado por la prohibición de gravar y enajenar acciones del art. 8 de la LSGR, surge precisamente de la dualidad que la misma ley permite de cara a los sujetos que pueden ser beneficiarios de aquella. Ambas vertientes delimitadoras por lo mismo, específicas y generales como ya se dijo, deben operar en forma armónica entre sí, sin perjuicio de la posibilidad –y conveniencia– de acotar también en el estatuto los efectos de una eventual modificación de las señaladas proporciones⁵².

3.2. *Derecho a voz y voto en Junta*

Tal vez si la principal nota distintiva que presenta la SGR en Chile, de cara al estatuto jurídico que regula a las sociedades anónimas en general, consiste en la restricción amplia que impone el art. 10 de la LSGR en cuanto al ejercicio del derecho del accionista a participar en Junta y a votar en ella, entre otros. Según la norma señalada, pues, “*Los demás derechos sociales de los accionistas o socios beneficiarios [el art. 9 se refirió antes al derecho a dividendos] se suspenderán de pleno derecho en caso de mora o simple retardo en el cumplimiento de obligaciones que tuvieren con la entidad o de las afianzadas por ésta*”, lo que implica –en lo que aquí concierne– que en la SGR el ejercicio del derecho a voz y voto se encuentra sujeto a condicionamientos y restricciones que superan con mucho el estándar contemplado para el mismo derecho en la LSA.

Para confirmar este aserto, resulta pertinente hacer un breve análisis comparativo de esta materia a la luz de su regulación en la LSA y en la LSGR, respectivamente.

⁵² El carácter estatutario de esta mención resulta de la mayor relevancia en cuanto garantía de transparencia, estabilidad e igualdad de trato para los accionistas, pues si bien la junta de accionistas podría modificarla en cualquier momento, no podría incumplirla mediante acuerdos circunstanciales destinados a beneficiar a un(os) accionista(s) en perjuicio de otro(s) o de la propia sociedad, al concentrar –y por ende incrementar– el riesgo de su operación. Con todo, nos parece conveniente que en este caso los estatutos contemplen también, ex art. 69 N° 7 de la LSA, una especial causal de retiro frente al acuerdo de la junta de accionistas que altere sustancialmente los márgenes estatutarios garantizables. Por esta vía, pues, se protege al minoritario disidente que, de lo contrario, podría verse obligado a renunciar a sus legítimas expectativas de negocio ante un aumento del margen de obligaciones garantizables a los accionistas –con la consiguiente reducción de los montos susceptibles de garantizar a terceros–, o a ser garantizado de manera suficiente y efectiva por la sociedad si dichos márgenes disminuyen ostensiblemente, por poner un ejemplo.

A) En cuanto a la regulación del derecho a voz y voto en la LSA:

El art. 62 de la LSA distingue en este sentido entre sociedades anónimas abiertas y especiales –por una parte– y sociedades anónimas cerradas, por la otra. Respecto de las primeras –abiertas y especiales–, se establece una única restricción al ejercicio de este derecho, consistente en que las acciones respectivas deben encontrarse inscritas en el Registro de Accionistas con a lo menos cinco días de anticipación a la fecha en que haya de celebrarse la Junta respectiva. En las cerradas en cambio –y concretamente tras la modificación introducida al art. 62 de la LSA por la Ley N° 20.382 (D.O. de 20 de octubre de 2009)–, la ley prescinde incluso del mínimo temporal recién apuntado, exigiendo únicamente que las acciones respectivas se encuentren inscritas al momento en que deba iniciarse la junta.

Lo anterior, con todo, es sin perjuicio de la existencia de acciones sin derecho a voto o con voto limitado, sea que tal condición se origine en un expreso mandato legal (v.gr. art. 27 inc. 3° LSA) o en una disposición estatutaria concreta (v. gr. art. 21 LSA); pero aun en esos casos –aclara la misma norma en su inc. 2°– las acciones señaladas conservarán el derecho a voz.

Todavía más, ni siquiera el accionista moroso puede ser privado del derecho de voto en junta, pues la LSA simplemente no lo priva de tal derecho. Por el contrario, el art 16 inc. final de la ley señala precisamente que salvo disposición estatutaria expresa, *“Las acciones cuyo valor no se encuentre totalmente pagado gozarán de iguales derechos que las íntegramente pagadas, salvo en lo relativo a la participación que les corresponda en los beneficios sociales y en las devoluciones de capital (...)”*, sin distinguir si el plazo para el pago de las acciones suscritas se encuentra o no vencido.

B) En cuanto a la regulación del derecho a voz y voto en la LSGR:

En la SGR, a diferencia del estatuto legal recién descrito, el ejercicio del derecho de voz y voto en junta depende no solo del cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones que contrae el accionista en su calidad de tal (principalmente el pago de las acciones suscritas), sino que también del pago de las obligaciones que este último haya contraído para con terceros, afianzadas por la sociedad. De esta forma entonces, la LSGR excede con mucho el ámbito restrictivo que contempla la LSA en punto al ejercicio del derecho mencionado, superando incluso el régimen contemplado en tal sentido por las legislaciones extranjeras que le sirvieron de modelo.

Nos parece sin embargo que el mecanismo contemplado en el art. 10 de la LSGR resulta innecesariamente gravoso, al punto de perturbar incluso el regular funcionamiento de la sociedad y de sus órganos. Tan amplia es

la restricción que establece aquí la ley, en efecto, que a partir de ella –y extremando las cosas– bien podría darse el caso de que los accionistas no pudiesen reunirse normalmente en junta, ordinaria o extraordinaria, por falta del quórum mínimo que el art. 61 de la LSA establece para constituir la (a lo menos mayoría absoluta de las acciones emitidas *con derecho a voto*), transformando así el mecanismo de la segunda citación en la regla general y no en la excepción. Por ello precisamente, el art. 38 de la ley española, bajo el rótulo “*restricciones al ejercicio al derecho a voto*”, ha optado por limitar el ejercicio del derecho a voto –nunca el de voz– sólo en aquellos casos en que el socio respectivo se encuentre inmerso en un conflicto de intereses al momento de emitir su voto, lo que evita –o atenúa al menos– los eventuales trastornos que puede sufrir el funcionamiento de la sociedad y cautela de mejor forma la representatividad real de la voluntad de su accionariado⁵³.

4. ÓRGANOS SOCIALES

Por último, resulta de interés revisar también el estatuto jurídico aplicable a los órganos sociales de la SGR en el sistema chileno, legal y reglamentario.

Como ya se dijo, en Chile la SGR puede constituirse como una sociedad anónima cerrada o abierta que se rige por las normas de la LSA, sin perjuicio de las reglas especiales contempladas en la Ley N° 20.179 y que configuran su estatuto particular. Por ende, y en lo que concierne a los órganos sociales, la SGR no difiere sustancialmente de una sociedad anónima cerrada o abierta.

Sin embargo, y considerando la función de intermediación financiera que se les asigna a estas entidades, la ley establece algunos requisitos adicionales que resulta pertinente comentar en esta parte.

Según el art. 17 de la LSGR, en efecto, para ejercer su actividad las sociedades de garantía recíproca deben inscribirse previamente en el Registro de Instituciones de Garantía Recíproca de la SBIF, para lo cual la sociedad ya constituida –de aquí que no sean anónimas especiales– debe presentar una carta solicitud a dicho organismo, en la que se indicará el nombre que llevará la sociedad y se describirán en forma sumaria las actividades que se propone realizar. Pues bien, según la Circular N° 1 SBIF, sobre Sociedades de Garantía Recíproca, a dicha solicitud de inscripción “*deberá adjuntarse un listado con los nombres completos y N° de*

⁵³ Según el art. 38.2 de la señalada ley, “*no será lícito el ejercicio del derecho de voto para adoptar una decisión que venga a liberar de una obligación a quien lo ejercita o para decidir sobre la posibilidad de que la sociedad haga valer determinados derechos contra él*”. Tal sería por ejemplo el caso en que la junta tuviese que decidir sobre la posible condonación de los dividendos pasivos del accionista o, por contrapartida, debiese resolver sobre la exclusión del socio moroso u optar por el cumplimiento compulsivo de sus obligaciones pendientes.

*Rol Único Tributario de los accionistas fundadores y el importe aportado por cada uno de ellos para conformar el capital social de la institución*⁵⁴, lo que implica por ende que la conformación y funcionamiento válido de la Junta General de Accionistas, de cara al ejercicio del giro exclusivo de la sociedad, presupone necesariamente del cumplimiento previo del señalado trámite administrativo, aun cuando se trate de una sociedad anónima cerrada.

Refiriéndose ahora del directorio como órgano de administración social, la Circular N° 1 precitada reitera la exigencia mencionada al señalar que en la misma carta-solicitud “*se deberán individualizar las personas que forman el Directorio de la institución*”, agregando luego que dicho directorio “*(...) debe estar compuesto por a lo menos tres directores en el caso de sociedades anónimas cerradas o cinco, si se tratare de sociedades anónimas abiertas, según lo dispone la Ley N° 18.046*”. Más aun, exige también la Circular que con la solicitud de inscripción se presente también “*certificado de la Superintendencia de Quiebras, en el sentido de que los directores de la sociedad no están afectados al impedimento de haber sido declarados en quiebra o que, en caso que lo hayan sido, se encuentran legalmente rehabilitados*”, agregando también que, “*De igual modo, se incluirán certificados relativos a las mismas personas y a las que conforman la planta gerencial, respecto de que no han sido condenadas o sometidas a proceso por crímenes o simples delitos de acción pública*.”⁵⁵ De esta forma entonces, la disposición reglamentaria supera con mucho el umbral objetivo que establece el art. 35 de la LSA, que fija precisamente los impedimentos generales para ser director de una sociedad anónima. En su numeral 3°, en efecto, la norma legal citada se refiere únicamente –en lo que aquí interesa– a los fallidos o los administradores o representantes legales de personas fallidas “*condenadas por delitos de quiebra culpable o fraudulenta y demás establecidos en los artículos 203 y 204 de la Ley de Quiebras*”, sin extender dicha prohibición a quienes no hubiesen sido condenados por tales delitos, como lo hace la Circular referida.

La norma reglamentaria por ende, al exceder el marco legal que fijan para estos efectos la LSGR y la LSA, respectivamente, constituye a nuestro juicio un ejercicio potestativo que supera el estándar de legalidad del actuar administrativo, con las consecuencias que de ello se derivan a la luz de los arts. 6 y 7 de la Constitución Política de 1980.

⁵⁴ Cfr. Circular N° 1 SBIF de 16.10.2007, sobre Sociedades de Garantía Recíproca, Capítulo I, apartado 1°.

⁵⁵ *Ibid.*, apartado 2°.

EL DERECHO SOCIETARIO ESPAÑOL DE ESTE SIGLO: REFORMAS Y EXPECTATIVAS

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

I. LAS PRIMERAS REFORMAS EN EL NUEVO SIGLO

La evolución del Derecho Español de Sociedades en la década 2000-2010 expresa bien aquella vieja reflexión según la cual la historia del Derecho de Sociedades es la historia de su reforma. Por motivos muy diversos, y con distinto alcance en cada ocasión, lo cierto es que nuestro ordenamiento societario no ha gozado de descanso prácticamente en ningún momento. Entró en la citada década sensiblemente renovado, en virtud de la adaptación de las veteranas leyes de sociedades anónimas y limitadas de los años cincuenta del pasado siglo al *statu quo* comunitario del momento de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, y sale de ella afectado por una notable transformación sistemática, fruto de la elaboración del Texto Refundido de Sociedades de Capital, previsible antesala de nuevos y más profundos cambios. La sustitución, entre otras, de las normas básicas hasta ahora vigentes (el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y la Ley de Sociedades Limitadas de 1995), por un compendio unificado constituye, en efecto, un hito que marcará un antes y un después en la citada evolución.

El proceso tuvo sus primeras manifestaciones con algunas reformas puntuales (así, por ejemplo, la que estableció los requisitos para regularizar el sistema de retribución de administradores mediante opciones sobre acciones y otras incorporadas a la Ley de Medidas para la Reforma del Sistema Financiero, en 2002, y a las leyes de acompañamiento presupuestario de la época), pero alcanzó ya un punto culminante en la denominada Ley de Transparencia de 2003, que en pleno debate sobre

la conveniencia o necesidad de transmutar algunas recomendaciones de “buen gobierno”, hasta entonces de seguimiento voluntario, en normas imperativas, introdujo significativas modificaciones en la LSA vigente entonces, excediendo notablemente las indicaciones que el Informe Aldama sugería como corrección del más voluntarista Informe Olivencia. Algunas de esas modificaciones, en concreto la “carta de deberes” de los administradores en el desplegado artículo 127, a partir de las nociones de diligencia, fidelidad y lealtad, o las novedades en materia de responsabilidad (de entonces procede la interesante referencia a los “administradores de hecho”), pasaron a ser, no siempre con acierto, norma general para todas las sociedades anónimas; otras se produjeron en la Ley del Mercado de Valores, donde quedó configurado el conocido Título X sobre Sociedades Cotizadas, que agrupa algunas reglas (en materias como los pactos parasociales, el reglamento del Consejo, la publicidad informática, el informe anual de gobierno corporativo, luego desarrollado en detalle, etc.) cuya ubicación ha sido fuente de confusión en cuanto al ámbito sistemático en que procede insertar las especialidades propias del citado subtipo, hasta ahora repartidas sin criterio entre la LSA, con evidente dispersión, y el indicado Título X de la Ley del Mercado de Valores. La inclusión de éste en la materia refundible en la Ley de Sociedades de Capital contribuirá sin duda a restaurar una distinción (una cosa son los aspectos tipológicos de la cotizada, dominio nítidamente societario, y otra bien distinta las reglas de actuación de la cotizada en el mercado de valores) que nunca debió olvidarse.

Ese mismo año 2003 se produjo la introducción en la LSRL de la figura simplificada denominada “Sociedad Limitada Nueva Empresa”, pensada para una rápida constitución mediante estatutos-tipo y a través de un “documento unificado electrónico” y para una ágil gestión, con menos éxito del esperado en su aplicación, pero la reforma se aprovechó para acoger algunas demandas de las empresas familiares en materia de transmisión de participaciones y de adquisición de las participaciones propias, que quedaron más flexibilizadas.

La necesaria incorporación en 2005 de la Sociedad Anónima Europea al Derecho nacional, habida cuenta del enorme margen supletorio reconocido a éste por el Reglamento Comunitario que contenía el Estatuto de la figura, y de la envergadura de las materias remitidas (la opción entre los modelos monista y dual de administración, además de las variantes de participación de los trabajadores, objeto de Directiva separada, que dio lugar a la Ley de implicación en 2006), fue de nuevo aprovechada para introducir en la LSA un conjunto de reformas de notable calado. Algunas anticipaban cuestiones relativas a derechos de minoría (el “complemento de convocatoria”, por ejemplo), o a participación a distancia de los socios (asistencia, representación y voto, a desarrollar estatutariamente) que luego serían objeto de Directiva específica para las sociedades cotizadas en 2007, pendiente de incorporar aún en la actualidad en el Derecho

español. Otras iban dirigidas a coordinar algún aspecto del régimen de la sociedad anónima con el de la sociedad europea, como era el caso de la duración legal del mandato de los administradores, que se elevó entonces de cinco a seis años. Otras, en fin, vinieron a aclarar asuntos largamente debatidos, y la extensión ilimitada de la responsabilidad de los administradores por las deudas de la sociedad en los casos de incumplimiento de las obligaciones legales previstas en los artículos 262 de la LSA y 105 de la LSRL quedó desde entonces reducida a las obligaciones contraídas con posterioridad a la causa de disolución, si bien con presunción de anterioridad salvo prueba en contrario.

El año 2007 fue ciertamente prolífico en reformas: vio la luz la Ley de Sociedades Profesionales, con sugerentes motivos de interpretación como es el caso del peculiar modelo de responsabilidad de sociedad y socios; se acomodó el régimen de las ofertas públicas de adquisición a la Directiva comunitaria, de nuevo mediante reforma del artículo 60 de la Ley del Mercado de Valores, luego desarrollado por Reglamento de 2009, con lo que entraron en escena nuevos supuestos de OPA obligatoria relacionados con las modalidades de control, y nuevos elementos de importante incidencia como el alcance del deber de abstención de los administradores, las fórmulas de neutralización de los blindajes, o el mecanismo de compraventa forzosa en casos de adquisición de mayoría muy elevada; y, muy particularmente, tras la acogida comunitaria de las Normas Internacionales de Contabilidad y la reforma de las correspondientes Directivas, se desencadenó la fundamental reforma contable que afectó tanto a las normas generales del Código de Comercio en la materia y al Plan General Contable, como al régimen particular de las sociedades, previsto en los artículos 171 y siguientes de la LSA y aplicable por remisión a la sociedad limitada, convirtiendo el concepto de “patrimonio neto” en clave de bóveda del nuevo sistema.

II. LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

La Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, de 3 de abril de 2009, supuso sin duda un salto cualitativo en el proceso descrito. Con ocasión de la trasposición de la Directiva Europea sobre fusiones transfronterizas, de 2005, a la que luego se incorporó en 2007 otra breve Directiva fruto de la tendencia simplificadora dirigida a la eliminación o flexibilización de ciertos requisitos (el informe de expertos en concreto) en esas operaciones, se abordó la revisión completa de la disciplina de las modificaciones estructurales hasta entonces reguladas (transformación, fusión y escisión) y se añadió el régimen de otras de las que sólo había tratamiento parcial o fragmentario en el Derecho español (cesión global de activo y pasivo y traslado internacional de domicilio). Se trataba de

una novedosa experiencia, con algún antecedente comparado (el más significativo era la Ley alemana en la materia), de ley transversal aplicable a todos los tipos societarios, personalistas y de capital, siempre que se tratara de sociedades inscritas. No contenía, sin embargo, disposiciones generales o comunes para el conjunto de las modificaciones estructurales, más allá de las que delimitan el ámbito de aplicación en los dos primeros artículos de la Ley; cada operación mantiene en la Ley su régimen propio y diferenciado, sin perjuicio de las abundantes remisiones al régimen de la fusión que, de algún modo, funciona como régimen supletorio en la escisión y en la cesión global, habida cuenta de que las otras operaciones (transformación y traslado de domicilio) tienen otras finalidades y obedecen a estructuras diferentes. El resultado no deja de ser especial: determinadas reglas de la fusión transfronteriza, a las que se unieron otras procedentes de las Directivas originarias (Tercera y Sexta sobre fusión y escisión), que no se habían incorporado en su momento, pasaron a ser reglas comunes para toda fusión (así, aspectos del programa de fusión, de los requisitos, de la publicidad, de los efectos, o de la impugnación), y de ahí a ser reglas aplicables por remisión a la escisión y a la cesión global; en materia de transformación se delimitaron con más claridad los supuestos de doble entrada (transformación de una sociedad en otra y viceversa) que, debido a la anterior dispersión normativa, padecían notable confusión en nuestro Derecho.

La tramitación de la Ley de Modificaciones Estructurales fue de nuevo aprovechada con otros fines, mediante las correspondientes Disposiciones Adicionales: durante su proceso de elaboración se había modificado la trascendental Segunda Directiva, que databa de 1968, en materia de capital, con importantes novedades a propósito de la adquisición de acciones propias, de la asistencia financiera, de las variaciones del capital, etc., de modo que las citadas Disposiciones aportan significativas reformas en la LSA, si bien con desigual alcance; así, quedó profundamente renovado el régimen de adquisición de acciones propias, con tendencia marcadamente permisiva (la elevación al doble del tope de acciones propias o de la sociedad dominante, tanto en las sociedades cotizadas como en las que no lo son, es buena muestra de ello), pero no se tomó en consideración similar orientación flexibilizadora respecto de la asistencia financiera. Otras reformas puntuales operadas en las leyes de sociedades de capital (adquisiciones onerosas en la época inmediatamente posterior a la fundación, dividendos pasivos, acuerdos necesitados del quórum especial para incluir la mención a todas las modificaciones estructurales, etc.) completaron esta importante pieza del nuevo Derecho Societario. Incluso se introdujo en la LSA, y con alcance general, el principio de igualdad de trato de los socios, antes de que la jurisprudencia comunitaria lo sometiera a matizaciones restrictivas.

Por fin, y ya en la fase de tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, se acomodó la LSA a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea, de 18 de diciembre de 2008, que había considerado no conforme a Derecho Comunitario la posibilidad de que los titulares de obligaciones convertibles de emisiones anteriores ejercieran derecho de suscripción preferente, junto con los accionistas, sobre las obligaciones convertibles emitidas con posterioridad. Entendía el Tribunal que la Segunda Directiva sólo permitía ejercer ese derecho a los accionistas, sin perjuicio de que fuera excluido por acuerdo mayoritario, en atención al interés social, y con los requisitos legales, al igual que sucede en los aumentos de capital con emisión de nuevas acciones. Precisamente el hecho de que la nueva redacción del precepto, sin exigirlo la Sentencia, ponga en conexión el derecho de suscripción preferente de los socios con la emisión de nuevas acciones que exigen aportación dineraria, no dejó de causar sorpresa en los intérpretes. Con posterioridad, y a propósito de una modificación en la Ley del Mercado de Valores y otras leyes sectoriales para adecuarlas al nuevo criterio comunitario sobre participaciones significativas, se completó la reforma anterior en un aspecto que no había sido considerado: la delegación de la emisión de obligaciones convertibles en los administradores de la sociedad cotizada, permitirá delegar también la supresión del derecho de suscripción preferente de tales obligaciones por los socios, tal como ya estaba previsto en caso de delegación del aumento de capital.

Además de las reformas consideradas, la Ley de Modificaciones Estructurales contenía otro propósito del mayor calado: su Disposición Final Séptima encomendaba al Gobierno la elaboración, en el plazo de un año y por Real Decreto Legislativo, de un Texto Refundido de Sociedades de Capital, en el que tuvieran acogida las dos leyes básicas en la materia, esto es, la de anónimas y la de limitadas, así como los preceptos que el Código de Comercio dedicaba a la sociedad comanditaria por acciones y el Título X de la Ley del Mercado de Valores sobre sociedades cotizadas. Tal objetivo, como ya se señaló, se ha visto cumplido mediante el Real Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010, publicado en el BOE del 3 de julio, con entrada en vigor el 1 de septiembre. Su especial trascendencia merece consideración destacada en el siguiente epígrafe.

Queda, no obstante por añadir, que, en pleno proceso de elaboración del indicado Texto Refundido, se ha producido una nueva modificación de la todavía LSA, de singular alcance. En efecto, estando pendiente la adaptación del Derecho español a las modificaciones experimentadas en el régimen de la auditoría legal de cuentas por Directiva comunitaria de 17 de mayo de 2006, la Ley que atiende a esta finalidad específica, ha dado nueva redacción a algunos artículos de la LSA (los antiguos 207 y 209) para remitir dos aspectos concretos (la remuneración de los auditores y el contenido del informe de auditoría) a la nueva legislación general en la materia. Pero más allá de eso, la norma se ha aprovechado para alterar, con buena orientación en mi criterio, la disciplina de un asunto verdaderamente polémico, como lo es el de la limitación estatutaria del máximo de voto a emitir por un mismo accionista. En efecto, el artículo

105 de la extinta LSA, recogiendo un antecedente de la Ley alemana de 1937 que ya constaba en nuestra Ley de 1951, permitía que los estatutos de cualquier sociedad fijaran con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo. La cuestión ha venido siendo arduamente discutida, en el contexto del debate comunitario sobre el “principio de proporcionalidad” que se expresa en la máxima “una acción - un voto”, pero, dada la variedad de mecanismos susceptibles de alterar ese principio vigente en los ordenamientos nacionales, sin resultados concluyentes, más allá de las previsiones sobre neutralización de blindajes con ocasión del desarrollo de las ofertas públicas de adquisición. El Derecho español, siguiendo precedentes alemanes e italianos, ha dado un paso decisivo prohibiendo las cláusulas limitativas de voto, directas o indirectas, en las sociedades cotizadas, donde se declaran nulas de pleno derecho, y permitiéndolas en las demás, si bien concediendo un plazo de un año para la entrada en vigor de la prohibición, que es el tiempo de que dispondrán las sociedades cotizadas para retirar de sus estatutos tales cláusulas. Se contempla igualmente el supuesto en que una sociedad no cotizada pase a serlo, por admisión a cotización de sus acciones en un mercado secundario oficial de valores; en tal caso, dispondrá también de un año tras la admisión a cotización para eliminar la cláusula limitativa de sus estatutos, de modo que, si transurre el plazo sin registrar la escritura modificativa de los estatutos en tal sentido, la cláusula se tendrá por no puesta. Los efectos de tal cambio, en cuanto al control de las sociedades cotizadas, están por ver, pero tengo para mí que hacer posible que cada accionista ejerza en la Junta general el volumen de voto que corresponde realmente a sus acciones es más transparente que permitir tal control a accionistas con menos participación, pero con presencia en el Consejo de Administración, a través de la frecuente técnica de acumular delegaciones en blanco de los votos correspondientes a pequeños accionistas que no asisten a la Junta, e incluso que legitimar tal control mediante pactos de sindicación entre accionistas significativos.

La indicada reforma se acompañó, en fin, con la habilitación de dos instrumentos pensados para la comunicación y la actuación conjunta de pequeños accionistas, como son los Foros Electrónicos que se activan en la página web de la sociedad cotizada y las Asociaciones específicas y voluntarias de accionistas en cada sociedad cotizada, pendientes de desarrollo reglamentario. Pero esta novedad, cuya eficacia también está por ver, lo mismo que otras relativas a la estructura y funciones del Comité de Auditoría, convertido ya en uno de los emblemas del “buen gobierno corporativo”, se insertó, olvidando de nuevo que se trata de cuestiones organizativas y tipológicas de la sociedad cotizada, en la Ley del Mercado de Valores.

La crisis económica, por último, pasó su factura en algún asunto societario, y a finales de 2008, antes de que se cerraran los balances del

ejercicio, un Real Decreto Ley, con inicial vigencia bianual y luego prorrogado, permitió no computar como pérdidas las depreciaciones de ciertos activos, especialmente los inmobiliarios, con significativos descensos de valor, para evitar que de forma automática la sociedad afectada se encontrara en situación de pérdidas cualificadas, con obligación de disolución y con riesgo de responsabilidad solidaria de sus administradores por las deudas sociales contraídas a partir de entonces, a tenor de los artículos 260 y 262 de la LSA.

III. LA NUEVA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Como ya quedó apuntado, el proceso de reforma del Derecho Español de Sociedades ha experimentado un impulso singular con la aprobación del reciente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Atendiendo al mandato procedente de la Ley de Modificaciones Estructurales, el TRLSO refunde en una sola norma, con 528 artículos distribuidos en 14 Títulos, las Leyes de anónimas y limitadas, los artículos que el Código de Comercio dedicaba a la sociedad comanditaria, y el Título X de la Ley del Mercado de Valores, sobre sociedad cotizada, si bien en este punto concreto cabe observar que no todo el contenido de ese Título ha pasado al nuevo texto. Como bien se deduce de la Disposición Derogatoria, punto 4º, algunos preceptos mantienen su vigencia separada, concretamente los referidos más directamente a obligaciones de publicidad (informe anual de gobierno corporativo); el recurrente debate sobre la “pertenencia jurídica” de la sociedad cotizada, tras el paso del texto por las diversas instancias (Comisión General de Codificación, Ministerios afectados, Consejo de Estado) dio este resultado: la mayor parte de las especialidades de la sociedad cotizada, tanto las que procedían del citado Título X de la LMV, como las que estaban dispersas a lo largo de la LSA, han quedado agrupadas en el Título XIV del nuevo Texto Refundido donde, en efecto, aparecen como tales especialidades ordenadas por capítulos (acciones, suscripción de acciones, autocartera, obligaciones, junta general, administradores, pactos parasociales e información societaria, rótulo éste que incluye las especialidades contables y en el derecho de información de los socios, así como la previsión de los Foros y Asociaciones de Accionistas antes mencionados); en la Ley del Mercado de Valores permanecen esos pocos preceptos que la Disposición Derogatoria excluye de su efecto, casi como un símbolo de la doble dependencia de la sociedad cotizada.

Más allá de esta circunstancia, la nueva disposición constituye un ambicioso intento de resistemizar el Derecho de Sociedades; es eso exactamente, y no otra cosa, como bien lo pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos que precede al Real Decreto Legislativo. De manera que la refundición no solventará las disfunciones tipológicas relacionadas

con la superposición de la limitada y la anónima cerrada, ni terminará de dotar de un régimen más propio a la cotizada, ni cambiará los criterios con que se regulan tantos asuntos que merecerían reforma; un texto refundido debe respetar la materia a refundir, porque no es una ley nueva. Ésa es su servidumbre, ni puede suprimir o modificar las normas preexistentes, ni cambiar de rango otras que bien lo merecerían (en el Reglamento del Registro Mercantil hay, como es sabido y notorio, muchos preceptos que debieran estar en las leyes de sociedades, y también a la inversa); pero no convendría desmerecer su alcance. El mandato parlamentario, recogiendo una fórmula derivada de la configuración constitucional del instrumento refunditorio, indica que el texto legal único debe regularizar, aclarar y armonizar los textos que van a ser agrupados en la refundición; de modo que refundir no es innovar ni reformar, pero tampoco simplemente yuxtaponer o acumular sin más. Por efecto de la refundición, muchos preceptos son ahora norma común para las sociedades de capital, otros han sido matizados en su redacción y otros han cambiado de ubicación en la nueva estructura sistemática del Texto; cada una de estas circunstancias suscitará en muchos casos nuevas construcciones interpretativas o proporcionará nuevos criterios de aplicación, y probablemente se apreciará que la incidencia de la nueva norma puede resultar bastante superior a la que cabría esperar de un simple texto refundido.

Una observación, siquiera somera, del Texto Refundido permite apreciar que en su elaboración se ha seguido un criterio de ordenación por materias y no por tipos societarios; en cada materia hay reglas comunes a las distintas sociedades de capital, bien porque ya lo eran por coincidencia sustancial o por remisión (normalmente de la limitada a la anónima), bien porque al refundir se ha optado por convertir en norma común una determinada regla que antes era particular de un tipo de sociedad y ahora ha dejado de serlo para pasar a ser común por efecto de la refundición. Tal técnica opera en cada capítulo, en cada sección, e incluso en artículos concretos, de manera que, junto a las normas comunes, se van entrelazando las especialidades que sólo tienen aplicación en la anónima o en la limitada en aquellos casos en que la regla era privativa y no generalizable. Con carácter general, cuando se trata de norma común, la referencia aplicativa se hace genéricamente a las sociedades de capital, mientras que en las normas particulares hay mención específica al tipo de sociedad correspondiente. Es obvio también que en el conjunto del Texto Refundido se ha reconocido prioridad sistemática a la sociedad limitada, teniendo en cuenta el carácter de tipo básico que ha ido adquiriendo progresivamente como consecuencia de su creciente utilización en la práctica (baste recordar que en las recientes estadísticas la forma de limitada alcanza en torno al 90% del total de las sociedades de nueva fundación).

La ordenación por materias antes señalada se recoge en 14 Títulos que se refieren sucesivamente a las Disposiciones generales (denominación,

nacionalidad y domicilio, a las que se han añadido el régimen de la sociedad unipersonal, habida cuenta de su significado tipológico común, y la regla de delimitación genérica del concepto de grupo de sociedades a los efectos legales del propio Texto Refundido), a la constitución de las sociedades de capital, a las aportaciones, a las participaciones sociales y acciones, a la junta general, a la administración de la sociedad, a las cuentas anuales, a la modificación de los estatutos sociales, a la separación y exclusión de socios, a la disolución y liquidación, a las obligaciones, a la Sociedad Limitada Nueva Empresa, a la Sociedad Anónima Europea y a la sociedad cotizada.

Una exposición pormenorizada de cada uno de los aspectos concretos en que se ha producido novedad material o sistemática con incidencia interpretativa, requeriría un análisis detallado que excede con mucho el ámbito y la finalidad de este trabajo. Pero no está de más destacar algunos apartados que, a mi juicio, han adquirido especial significación como consecuencia de la refundición: es el caso del régimen de las participaciones y acciones, donde se han generalizado los derechos del socio y se han distinguido, por obvias razones, las reglas de representación y transmisión, a la vez que se ha uniformado al máximo posible el régimen de los negocios sobre las propias participaciones o acciones; o de la regulación de la estructura orgánica de las sociedades de capital, donde se ha producido igualmente un elevado grado de uniformidad, del que son manifestaciones palmarias el modelo de funcionamiento de la junta general o la generalización de los deberes de los administradores; o de las previsiones en relación con la separación, no así con la exclusión, de socios, antes vinculadas casi en exclusiva a la limitada y ahora más abiertas también a la anónima; o de la configuración de la disolución y liquidación, reordenada principalmente conforme al modelo de la limitada, de mayor perfección técnica, como lo evidencia el hecho de que la reactivación haya pasado a ser norma común; o, en fin, de la agrupación de las especialidades de la sociedad cotizadas en un Título propio con distinción interna de las materias a las que afectan.

El nuevo Texto Refundido ha superado, ciertamente, la dualidad formal del Derecho de Sociedades de Capital en nuestro ordenamiento, pero no sería correcto atribuirle un valor definitivo, sino más bien provisional. Queda por transitar aún un buen tramo del camino, por mucho que el citado TR acerca notablemente a su final lógico; la meta debería situarse en este momento en la culminación de la tarea de una codificación de nuevo cuño del moderno Derecho de Sociedades, a la que me referiré en el último apartado de esta exposición. Esa será la ocasión para reformar más a fondo, para actualizar lo necesario, y para incorporar los aspectos que la evolución de la realidad reclama a un Derecho Societario del futuro.

Por lo demás, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, de 2 de julio de 2010, fue objeto de una amplia corrección de errores tras su publicación, en la que se habían producido omisiones y confusiones

en la traslación al nuevo texto de las leyes refundidas de sociedades anónimas y limitadas, y, más recientemente, ha sido ya objeto de reformas de distinto alcance.

La primera, más puntual e instrumental, procede del Real Decreto-Ley de 3 de diciembre de 2010, que, al aprobar diversas medidas liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, modificó algunos artículos del Texto Refundido (35, 173, 289, 290, 319, 333 y 396) con un objetivo común, reducir cargas administrativas vinculadas a actos societarios que requieren formalización y publicidad, a fin de que la remisión telemática a los registros y la inserción en la página web de la sociedad agilizaran los trámites y ahorraran costes, sustituyendo las fórmulas tradicionales de envío de material y publicación escrita. El mismo Real Decreto-Ley contenía también medidas para simplificar la constitución de sociedades mercantiles (la denominada constitución telemática de sociedades limitadas), acortando plazos y evitando gastos, lo que especialmente se produce cuando en la fundación de la sociedad se utilizan estatutos-tipo a través de un formulario preestablecido, a cuyos efectos una Orden del Ministerio de Justicia aprobó poco después, el 9 de diciembre de 2010, el citado formulario.

La siguiente reforma, de mucho más calado, se ha producido con la aprobación de la Ley de 1 de agosto de 2011, que incorpora la Directiva de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas, pero que, además de incorporar la Directiva, ha introducido otras reformas en distintas materias que no venían estrictamente exigidas por tal incorporación, como así lo pone de manifiesto el revelador Preámbulo de la Ley. Hasta 27 modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital pueden contabilizarse, con independencia de la incorporación de la Directiva, que afectan a asuntos de importancia: entre otros, la previsión de una sede electrónica de la sociedad que acoja la publicidad que ahora puede hacerse en la página web, el régimen de la convocatoria de la junta general y del consejo de administración, la referencia expresa al administrador persona jurídica, el novedoso derecho de separación basado en la falta de distribución de beneficio con ciertas condiciones, la extensión a todas las sociedades de capital, mediante acuerdo unánime, de la posibilidad de incorporar cláusulas estatutarias de exclusión de socios, la clarificación de la disciplina de la disolución y liquidación, etc. En lo que implica la incorporación de la Directiva citada, cabría destacar el nuevo régimen de funcionamiento de la junta general de las sociedades cotizadas (igualdad de trato como principio, convocatoria, derechos de completarla, de presentar nuevas propuestas y de información, participación a distancia y mediante representación, con importantes novedades en esta cuestión, método de votación, etc.) Vista en conjunto, se trata de una reforma de alcance que marca pautas importantes en el tránsito desde el Texto refundido de las sociedades de capital y lo que pueda ser en el futuro un modelo sistematizado y reno-

vado del Derecho Societario español, como Código diferenciado o en el contexto de un Código de Comercio de nuevo cuño.

IV. OTRAS REFORMAS DE DIVERSO ALCANCE

En paralelo al proceso de gestación del citado Texto Refundido, se sucedieron también otras iniciativas de diverso alcance e impacto sobre el Derecho de Sociedades. Me limito a consignarlas brevemente con el fin de completar el panorama hasta ahora descrito.

Así por ejemplo, en la denominada Ley de Economía Sostenible, de 4 de marzo de 2011, que modifica un buen número de leyes preexistentes, se han recogido variados aspectos sobre transparencia y gobierno corporativo, especialmente en relación con las retribuciones de los ejecutivos, responsabilidad social de las empresas, etc., que merecen interés. Entre las leyes modificadas está la Ley del Mercado de Valores, en lo referente, entre otros aspectos, al informe anual de gobierno corporativo y al novedoso informe anual sobre remuneraciones de los consejeros y altos directivos, que será de presentación obligatoria en las sociedades cotizadas; destaca en este último su sometimiento a votación, con carácter consultivo y como punto separado del orden del día, en la Junta general ordinaria de accionistas, recogiendo así algunas de las nuevas Recomendaciones emitidas por la Comisión Europea en 2009, para sociedades cotizadas en general y para entidades financieras en particular, distinguiendo la retribución fija y la variable, y poniendo la retribución en relación con los resultados reales, como ya lo ha hecho, por ejemplo, la legislación alemana. Otras recomendaciones deberán incorporarse, como ya está previsto, al Código Unificado de Buen Gobierno, promovido por la CNMV en 2006, cuando aún estaban vigentes las Recomendaciones Europeas de 2004 y 2005. En la misma línea una reciente Ley que acomoda al marco comunitario la de 25 de mayo de 1985, aplicable a las entidades de crédito y a las empresas de servicios de inversión, y a sus grupos consolidables, ha establecido también mecanismos de control de las remuneraciones, asunto de creciente sensibilidad en el contexto de la crisis económica desencadenada en los últimos años.

Cabe también mencionar, por su interés en el desenvolvimiento práctico de los conflictos intrasocietarios, la regulación del denominado "arbitraje estatutario", que una inminente reforma de la Ley española de Arbitraje de 2003 incorporará en breve; quedará entonces fuera de duda la posibilidad de que los estatutos de sociedades de capital contengan cláusulas compromisorias destinadas a someter a arbitraje los conflictos e impugnaciones de acuerdos, si bien su introducción tras la constitución de la sociedad requerirá de una mayoría favorable cualificada.

Por lo demás, siguen pendientes de atención algunas Recomendaciones normativas que el citado Código Unificado de Buen Gobierno dirigía al

poder ejecutivo (en concreto dos de enorme calado, como eran la revisión del sistema de impugnación de los acuerdos de la Junta general para evitar impugnaciones excesivas y abusivas, objetivo especialmente significativo en el ámbito de la sociedad cotizada, que implicaría reformar los supuestos, las sanciones, la legitimación, los plazos, la subsanación, los efectos y el procedimiento de impugnación, quizá convirtiendo tal facultad en un derecho de minoría, y la revisión del régimen de responsabilidad de los administradores para flexibilizar la derivada de daños causados interviniendo mera negligencia y rigorizar la contraída mediando infidelidad o deslealtad). No sería de extrañar tampoco que, en el marco del desarrollo y actualización de la legislación sobre igualdad de género vigente en España, y habida cuenta de que el Código Unificado de Buen Gobierno incluyó también recomendación al respecto, se abordara con más énfasis la cuestión del equilibrio o paridad de género en la composición de órganos societarios colegiados, los Consejos de Administración en particular, y en las sociedades cotizadas. La reciente Ley francesa de 27 de enero de 2011 ha dado pasos decisivos en esa dirección, en tanto que la legislación española mantiene simplemente una previsión (“se procurará”, es la expresión empleada en su momento), y tal circunstancia puede estimular avances en el futuro.

En ámbitos no estrictamente societarios, pero con creciente proximidad, se ha producido ya la reforma de entidades financieras tan singulares como lo son las Cajas de Ahorro, donde el reciente Real Decreto-Ley de 9 de julio de 2010 ha modificado profundamente tanto su régimen financiero como su estructura orgánica, avanzando en la dirección ya consolidada de extender a estas entidades reglas de buen gobierno corporativo inicialmente pensadas para las sociedades cotizadas; más recientemente, un Real Decreto-Ley de 18 de febrero de 2011, para el reforzamiento del sistema financiero, ha impuesto rigurosas medidas de recapitalización de esas entidades, con intervención en su caso del denominado Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y con exigencia de medidas especiales de gobierno corporativo en este sector. Asimismo, en el cercano ámbito societario de las cooperativas, se ha incorporado al Derecho español la nueva figura de la “Sociedad Cooperativa Europea”, por Ley de 4 de marzo de 2011, partiendo del Reglamento comunitario que, al igual que ocurrió con la Sociedad Anónima Europea, estableció las bases de esta nueva forma de integración supranacional; también una Ley reciente de Economía Social ha sistematizado las diversas figuras susceptibles de acogerse a esta categoría.

En los últimos meses, finales ya de la legislatura parlamentaria que comenzó en 2008, se ha producido, entre otras variadas reformas (Ley del Mercado de Valores, Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, etc.), una importante y amplia modificación de la Ley Concursal vigente, de 2003, que afecta de manera singular a temas societarios, como son el tratamiento concursal de personas jurídicas (sociedades mercantiles

principalmente) y la responsabilidad de los órganos societarios en ciertos supuestos. De un lado, el nuevo texto del artículo 48 de la Ley Concursal sigue afirmando el principio de mantenimiento de los órganos de la persona jurídica deudora declarada en concurso, sin perjuicio de los efectos que sobre ellos produzca la suspensión o la intervención de las facultades de administración y disposición; de otro lado, el órgano del concurso (la administración concursal) ostenta legitimación para ejercer acciones tanto frente a los socios personalmente responsables de las deudas de la sociedad concursada, como frente a los administradores de ésta para reclamarles indemnización de daños ejerciendo la llamada acción social. Estos administradores, de hecho o de derecho, así como los liquidadores y apoderados generales de la sociedad, incluso los que lo hubieran sido en los dos años anteriores, pueden ser afectados por la declaración del concurso de la sociedad como concurso culpable, cuando hubieren contribuido con dolo o culpa grave a generar o agravar el estado de insolvencia que derivó al concurso; en tales casos el juez puede dictar contra ellos condena de “complemento del pasivo” para la cobertura, total o parcial, del déficit, individualizando la condena y destinando a la masa activa del concurso las cantidades que se obtengan. Cabe incluso la posibilidad de que se dicte embargo preventivo de bienes de estos sujetos cuando haya indicios fundados y suficientes de que pueda dictarse la condena mencionada.

Finalmente, no conviene olvidar que hay materias de calado en el frecuentemente imprevisible debate comunitario (el Reglamento de Sociedad Privada Europea o una eventual Decimocuarta Directiva sobre traslado de sede social, entre otras) que, de resultar aprobadas, forzarían modificaciones importantes en el Derecho interno, con implicaciones tipológicas trascendentes en el caso del citado Reglamento. Por el momento, dos Propuestas de Directiva (una sobre la interconexión de los registros mercantiles y societarios, otra que vendría a codificar y actualizar la que en 1977 armonizó el régimen fundacional y el de mantenimiento y modificación del capital) están ya en fase de elaboración bastante avanzada. Por otro lado, una Directiva de 16 de septiembre de 2009, de nuevo con el tan citado objetivo de simplificación, modificó las anteriores sobre fusiones, escisiones y fusiones transfronterizas, eliminando algunas obligaciones formales de información y documentación en determinadas operaciones societarias, así como habilitando publicidad en página web de ciertos actos al respecto; su incorporación provocará algunas mínimas modificaciones tanto en la Ley de Modificaciones Estructurales como en la Ley de Sociedades de Capital, a cuyo efecto existe ya un Anteproyecto de Ley preparado.

Como también hay que constatar que, producidas modificaciones tan abundantes como las que se han señalado, y muy especialmente con la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, habrán de acometerse cuanto antes las correspondientes y obligadas

adaptaciones del Reglamento del Registro Mercantil, a fin de coordinar debidamente sus disposiciones con la nueva materia legal. La urgencia de tal empeño debiera constituir una prioridad indudable, existiendo ya un texto de reforma en el momento presente, suficientemente elaborado y completo para cumplir esa finalidad.

V. LA TAREA PENDIENTE: EL CÓDIGO DE SOCIEDADES MERCANTILES

Como ya indiqué, el último apartado de esta exposición queda reservado a una iniciativa en marcha de especial envergadura, como es la revisión actualizada de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, elaborada en 2002, que la Comisión General de Codificación lleva actualmente a cabo por encargo del Ministerio de Justicia. La tarea, indudablemente ambiciosa, se lleva a cabo actualmente en el contexto de otra que lo es aún más: la elaboración de un Código de Comercio de nueva planta, llamado a sustituir al vigente desde 1885; de modo que el Código de Sociedades constituiría una parte del citado Código que, tomando como base la estructura clásica de la disciplina (Estatuto del empresario, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial, Derecho de Sociedades, Contratación Mercantil, Títulos y Valores, Derecho Concursal), mostraría un contenido completamente renovado en cada una de sus partes.

La Propuesta de Código de Sociedades de 2002 encalló, como es sabido, por diversos motivos, principalmente relacionados con el tratamiento de áreas tan sensibles como las sociedades cotizadas o los grupos de sociedades. El tiempo transcurrido desde su elaboración y los cambios habidos en el Derecho Societario Español requerían una actualización, que se lleva a cabo partiendo de la citada Propuesta. Su principal seña de identidad es que no se encuentra condicionada por textos previos que deba conservar o refundir; no es un texto refundido, tributario del Derecho preexistente, lo que tampoco significa que deba prescindir de reglas, soluciones o criterios consolidados en la materia societaria. Pero es el ámbito adecuado en el que introducir las innovaciones que requiere el Derecho Societario el futuro y, en última instancia, el espacio propicio para saldar “viejas cuentas pendientes” como lo son el tratamiento adecuado de la tipología, la regulación sistemática y autónoma de la sociedad cotizada, o la esperada legalización del fenómeno de los grupos de empresas.

Su estructura, como ya ocurría en la Propuesta de 2002, ha de distinguir una Parte General, donde se integren las Disposiciones comunes (ámbito de aplicación, contrato de sociedad mercantil, constitución e inscripción, sociedades irregulares, cuotas, acciones y participaciones, acuerdos sociales, administración de la sociedad, separación y exclusión de socios, y sociedades unipersonales) y una Parte Especial, donde se ordenen las reglas propias, por vía de especialidad respecto de las dis-

posiciones comunes, de los distintos tipos societarios, tanto de personas (colectiva y comanditaria simple), como de capital (limitada, anónima y comanditaria por acciones). Tratamiento diferenciado, en Libros propios, deberán tener la sociedad cotizada, las cuentas anuales, las modificaciones estructurales (que previsiblemente recibirán el contenido de la reciente Ley sobre la materia), la disolución y liquidación, las uniones de sociedades y la sociedad anónima europea. Es evidente que algunos asuntos concretos (a título de ejemplo menciono la relación ordenada entre los tipos societarios y el papel asignado a cada uno, la función del capital y su eventual coordinación con técnicas más modernas como el sugestivo “test de solvencia”, el modelo de impugnación de acuerdos societarios, el sistema de responsabilidad de los administradores, la incorporación del modelo dual de administración, siquiera en las sociedades cotizadas, el volumen de especialidad que quepa asignar a éstas, las pautas de buen gobierno corporativo que deban tener rango legal, la tipificación de las formas de agrupación de sociedades con honda repercusión en la protección de socios externos y acreedores o en las reglas de responsabilidad de órganos y sociedades, etc.) requieren de ponderada reflexión, teniendo en cuenta las orientaciones comunitarias, las tendencias doctrinales, la experiencia comparada, los criterios jurisprudenciales y la realidad de la práctica societaria. El viejo debate sobre las fronteras entre legalidad imperativa y disponibilidad estatutaria, o entre institucionalidad y contractualidad no está, ni mucho menos cerrado o superado, por mucho que las circunstancias del presente hayan puesto de manifiesto que los excesos simplificadores o desreguladores no suelen traer buenas consecuencias.

Se impone, pues, actuar con perspectiva y usar de la prudencia, porque el reto, al que puede ayudar la reciente experiencia en la elaboración del Texto Refundido, que debería ser visto como paso previo que acerca al modelo codificado, así lo exige. Y, en todo caso, es la oportunidad esperada para colocar al Derecho Societario Español a la altura de los tiempos, dotándolo de la estabilidad que necesita tras el arduo peregrinaje que he tratado de exponer simplificadaamente en estas páginas.

RESEÑA DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS EN CHILE

CARLOS RUIZ-TAGLE VIAL

Doctor en Derecho Universidad de los Andes

Profesor de Derecho Económico

Universidad Católica del Norte

INTRODUCCIÓN

En esta investigación examinaremos la forma societaria que adoptan las empresas aseguradoras actualmente en Chile y sus principales antecedentes históricos. Las compañías aseguradoras han experimentado cambios desde que la primera de ellas se creó en Chile en la ciudad de Valparaíso en 1853. En gran medida su evolución se debe a la consolidación que fue adquiriendo el contrato de seguro en el tráfico mercantil.

Actualmente es común que las personas o empresas soliciten suscribir coberturas inimaginables en el siglo XIX. Algunas de ellas eran vinculadas con actividades ilícitas como la apuesta y los juegos de azar. Los seguros presentan hoy un abanico de posibilidades de suscripción que permiten a las personas resguardar el patrimonio que ya tienen, como aquellos que emprenden riesgosas actividades buscando un punto de apoyo para asegurar sus bienes o vida en beneficio de otros. Algunas de esas coberturas son los seguros de crédito, seguros de garantía, seguro de responsabilidad civil y, en especial, el seguro de vida¹.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Las primeras coberturas del seguro con las características que hoy conocemos, nacieron vinculadas al transporte marítimo de mercaderías.

¹ BAEZA PINTO, Sergio, *El Seguro*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4ª edición, 2001 pp. 21 y 22.

El seguro marítimo surgió para cubrir las travesías de los navegantes que constituían verdaderas aventuras y, a la vez, grandes riesgos. Contratar una póliza era una práctica habitual entre los navegantes y comerciantes mediterráneos en el tráfico hacia América.

En España la Casa de Contratación fue creada para regular el comercio indiano y tuvo gran importancia para el desarrollo y universalización de la actividad aseguradora marítima. Por eso no resulta extraño que las leyes que se promulgaron al efecto, las ordenanzas de Burgos de 1520 y las de Sevilla de 1555 recogieran el condicionado general de las pólizas de seguros².

Por otra parte, en Inglaterra, un gigantesco incendio conmovió en 1666 a la gran ciudad de Londres. Muchas familias vieron desaparecer sus hogares, y el balance fue pavoroso: 13.200 casas, la catedral de San Pablo y 99 iglesias quedaron destruidas por la propagación del fuego. Esta tragedia ha pasado a ocupar un sitio en la historia como el gran incendio de Londres. Los ingleses centraron sus esfuerzos en la reconstrucción de la ciudad y buscar la forma de evitar que los daños que provocó el siniestro, volviera a repetirse. Es este el inicio del seguro de incendio que hoy se extiende a muchas coberturas vinculadas a los siniestros que afectan a los hogares de las personas y a las construcciones, estructuras y edificaciones.

Cuando Edward Lloyd inauguró en 1688 su café de *Tower Street*, en Londres, no imaginó las formidables proporciones que habría de alcanzar su establecimiento. Era el café de *Lloyd's* de Londres, donde acudían los comerciantes y los aseguradores en busca de noticias de los barcos en que estaban interesados. En nuestros días constituye un polo de seguros y reaseguros a nivel mundial, no sólo en lo que respecta a los seguros marítimos, sino en todas las coberturas.

En sus inicios el comercio de seguros en Chile se realizaba por medio de agencias de compañías extranjeras. Es a partir de mediados del siglo XIX, cuando comienza la historia de las compañías de seguros nacionales, con la creación de la compañía La Chilena, antecesora de la actual compañía Chilena Consolidada. Surgen con el respaldo legal del Código de Comercio de 1865 y con una cobertura vinculada al tráfico marítimo³.

El 4 de septiembre de 1899 se funda la Asociación de Aseguradores de Chile, con el objetivo de unificar esfuerzos en pos del desarrollo de la actividad aseguradora en el país y contar con un ente representativo de la opinión del sector, constituyéndose así en una de las más antiguas asociaciones gremiales en Chile y Latinoamérica.

² LIGA MARÍTIMA DE CHILE, *Revista Mar*, <http://www.ligamar.cl/revis10/41.htm> (visitada el 2 de junio del 2011).

³ www.aach.cl (visitado 20 de junio del 2011).

En 1927 se dicta la Ley N° 4.228, posteriormente contenida en el D.F.L. N° 251 de 1931, que se basa en la regulación integral de la actividad aseguradora, bajo la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros y la reserva o nacionalización de la actividad aseguradora. La contratación de seguros extranjeros para bienes ubicados en Chile era desincentivada con un elevado impuesto. Es decir, por medio de políticas proteccionistas se resguardaba la actividad de aseguradoras establecidas en nuestro país con capital mayoritariamente nacional⁴.

En estrecha relación con el mundo de los seguros, en 1960 se crea en Luxemburgo la Asociación Internacional de Derecho de Seguros AIDA, que en nuestro país se denomina AIDA-Chile, que ha promovido la investigación y estudios doctrinales y jurisprudenciales por la vía arbitral de esta rama del Derecho⁵.

Durante más de cincuenta años el mercado asegurador fue creciendo y el número de compañías aseguradoras se duplicó. Con la dictación del DL N° 3057 se modificó el marco jurídico de la actividad aseguradora, mediante la ampliación en cuanto al espectro de contratación y los principios de libre competencia y apertura al comercio internacional. Fueron las necesidades de nuevas coberturas las que llevaron a las aseguradoras a abordar nuevas coberturas como las de incendio, seguros vinculados a la agricultura y, más adelante, a los vehículos motorizados⁶. En el mercado asegurador chileno, luego de la apertura de mercado experimentada entre 1980 y 1990, el número de compañías de seguros sufrió una importante disminución, pasando de 101 a principios de 1980 a tan solo 36 en 1988. A partir de este último año se comenzó a revertir la situación, alcanzándose un total de 57 empresas en 2010.

Hasta la reforma de principios del siglo XX, la determinación de la tarifa de un seguro debía contar con la aprobación de la Superintendencia de Valores y Seguros. Ésta aprobaba tarifas uniformes para todas las empresas aseguradoras y, por consiguiente, la prima no era un elemento vinculado a la competencia. A partir de 1980 la contratación de los seguros se realiza pagando las primas en Unidades de Fomento, por lo que se da solución al problema de la reajustabilidad de las tarifas⁷.

⁴ ACHURRA LARRAÍN, Juan, *Derecho de Seguros*, T I, Universidad de los Andes, Santiago 2005, p. 59.

⁵ www.aida-chile.cl (visitado 20 de junio del 2011).

⁶ ACHURRA LARRAÍN, Juan, *Derecho de Seguros*, ob. cit., p. 60.

⁷ ACHURRA LARRAÍN, Juan, *Derecho de Seguros*, T. I, ob. cit., pp. 60-61.

86 TABLA 1. EVOLUCIÓN DE PRIMA DIRECTA

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Argentina	7.090	6.986	2.369	3.293	4.098	4.619	5.643	6.315	8.396	7.989
Brasil	12.554	13.464	12.601	14.565	18.042	23.955	30.365	38.786	47.493	48.787
Chile	2.687	2.718	2.598	3.396	4.026	4.519	4.704	6.169	5.783	6.239
Colombia	1.828	1.960	2.120	1.998	2.336	2.750	3.200	4.103	4.106	5.307
Ecuador	209	313	313	458	491	543	616	678	884	943
El Salvador	230	249	324	350	351	350	386	S/I	439	540
EE.UU.	865.327	904.021	1.000.310	1.055.498	1.097.836	1.142.912	1.170.101	1.229.668	1.240.643	1.149.758
Guatemala	190	212	258	271	290	321	S/I	S/I	S/I	S/I
México	9.866	11.259	12.801	10.920	12.231	12.780	15.078	17.416	19.023	17.357
Panamá	368	366	374	388	422	430	496	607	774	847
Perú	555	571	676	873	883	974	1.083	1.187	1.481	1.724
R. Dominicana	408	486	544	400	366	467	525	601	636	644
Venezuela	2.227	2.734	2.025	2.158	2.629	3.351	4.890	5.785	10.060	14.005
Total	941.156	981.729	1.081.568	1.141.582	1.199.904	1.258.246	1.302.900	1.386.011	1.426.756	1.336.915

Fuente: Swiss re. cifras en millones de US\$.

El mercado de las compañías se encuentra en expansión en el continente Americano como lo muestra la tabla anterior. En ella se puede observar que el mercado asegurador de mayor relevancia es Estados Unidos de Norteamérica que supera a gran distancia a Brasil, su más cercano competidor. El mercado norteamericano sirve precisamente como antecedente de contraste con el medio latinoamericano, ya que constituye el mercado de mayor magnitud a nivel mundial.

Igualmente puede observarse en esta Tabla 1 que, hoy en día, Venezuela tiene mayor primaje que Chile, aunque hace una década se encontraba en una situación muy similar a la nuestra. En Colombia se vislumbra un crecimiento similar al de Chile, que desde las primeras mediciones ha triplicado la contratación de seguros.

En la Figura 1 se puede ver la evolución que el mercado interno de seguros chileno ha experimentado desde 1985 hasta 2010. El alza de contratación se aprecia fácilmente. Desde 1994, tanto los seguros generales como los de vida registran un aumento sostenido. Sólo se aprecian en forma aislada algunos años de menor contratación de seguros como 2002 y especialmente 2008⁸, en que se verificó una considerable baja en el patrimonio al igual que en 2010, donde el mercado asegurador enfrentó el terremoto y maremoto en la zona sur de Chile.

De la Figura 1 igualmente se puede concluir que el contrato de seguro de vida ha tenido gran difusión. En nuestros días, por la vía de suscripción masiva, han contratado con las aseguradoras autorizadas por ley para cubrir las vidas de las personas. Paradójicamente, nuestra legislación comercial se refiere a los seguros de vida (artículos 569 y siguientes del Código de Comercio) y, sin embargo, en la definición de los seguros no los incluyen. ¿Cómo puede comprenderse esta omisión del legislador?⁹

A nuestro juicio, la omisión se debe a que los seguros de vida eran, en la fecha de promulgación del Código, una novedad¹⁰. Por eso el legislador, en forma visionaria, los incluyó en el Código de Comercio otorgándoles un tratamiento peculiar. Pero no concordó los demás preceptos para que existiera una coherencia en toda la estructura del Derecho de Seguros. Esta es la razón de la disconformidad del texto que recoge este seguro de vida en el artículo 569 del Código de Comercio y el artículo 512 del Código de Comercio¹¹.

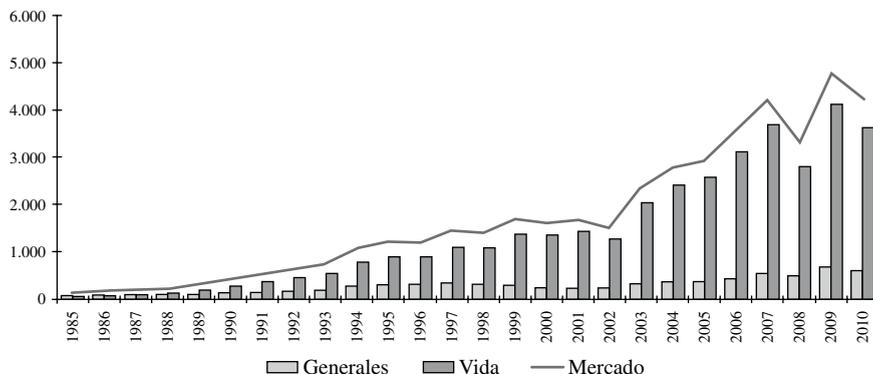
⁸ Véase *World Insurance Report* (WIR) N° 844, Londres, agosto del 2008.

⁹ ACHURRA, LARRAÍN, Juan, *Derecho de Seguros*, Colección jurídica Universidad de los Andes, T. III Santiago, 2005, pp. 16 y 17.

¹⁰ RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos, *La buena fe en el contrato de seguro*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 36.

¹¹ BRAHM GARCÍA, Enrique, *José Gabriel Ocampo y la codificación comercial chilena*, ob. cit., p. 258.

FIGURA 1. PATRIMONIO DE ASEGURADORAS CHILENAS
 Cifras en millones de US\$ a diciembre de cada año



Fuente: Superintendencia de Valores y Seguros chilena.

II. CODIFICACIÓN Y ESPECIALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE SEGURO

Los cambios que hoy presenciamos tienen un elemento común a las legislaciones que durante el siglo XIX experimentaron el proceso de codificación normativa. Este proceso concluyó con normas generales recogidas en cuerpos normativos integradores. Con posterioridad, el Derecho Mercantil dio lugar a un proceso diverso: el de la especialidad de las normas. Por eso, en nuestros días asistimos al proceso de “deco-dificación” que permite mayor flexibilidad de ellas¹².

El Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, creó la Superintendencia de Valores y Seguros encargada de fiscalizar la actividad del mercado asegurador. Igualmente reservó el mercado a empresas chilenas cuyo capital fuese poseído en forma mayoritaria por nacionales y estableció una especie de monopolio de reaseguros a favor de la Caja Reaseguradora de Chile, que se creó como sociedad de economía mixta con participación del Estado y de los particulares, tanto en el capital como en la administración¹³.

El desarrollo del mercado asegurador en seguros generales se ha triplicado desde 1985 hasta 2005, y en los seguros de vida las cifras son igualmente alentadoras. Se abren, además, pólizas que en Chile se conocían como propias de países con mayor consumo y desarrollo como las coberturas de seguros de responsabilidad civil médica, de constructoras, salud o enfermedad y ampliaciones de los seguros de responsabilidad

¹² SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO, JUAN, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Thompson Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 56 y 57.

¹³ ACHURRA LARRAÍN, Juan, *Derecho de Seguros*, T III, ob. cit., p. 14.

civil de vehículos motorizados. Este aumento de coberturas se ha reflejado en los índices de suscripción de seguros a nivel internacional. En este, Chile ocupa actualmente un lugar entre los cincuenta países con mayor volumen de primas¹⁴.

El intercambio de seguros permitió la participación de aseguradoras extranjeras y se abrió el campo de suscripción de seguros de los organismos fiscales a las empresas privadas. La cobertura de las empresas públicas hasta esa fecha se concentraba en el Instituto de Seguros del Estado (ISE) y hoy se encuentra atomizado en diversas compañías aseguradoras¹⁵.

III. LAS MUTUALIDADES EN EL MERCADO ASEGURADO

Las mutualidades o sociedades mutuales están constituidas en términos generales por asociaciones de personas que se reparten entre sí los riesgos que individualmente les corresponden. No tienen ánimo de lucro, sino de asumir mancomunadamente los siniestros que los afectan. Tienen además carácter civil y no mercantil.

Históricamente, las primeras coberturas de riesgos estuvieron vinculadas a mutualidades. Estas se caracterizaban por estar constituidas por la unión de múltiples personas expuestas a los mismos riesgos, que suscribían un compromiso de satisfacer entre todas la indemnización de las pérdidas o daños ocurridos a alguno de los miembros de la asociación¹⁶. Se trata de un esfuerzo mancomunado de los mutualistas para enfrentar riesgos comunes; que se encuentran distantes de las compañías aseguradoras actuales en que el lucro representa un factor importante. En el origen de algunas empresas aseguradoras se podía encontrar los principios de solidaridad y mutualidad, ajeno a nuestra realidad aseguradora actual¹⁷, aunque muy arraigada en algunos países como Argentina¹⁸.

En el seguro mutuo los socios son a la vez asegurados y aseguradores, por lo que su fin no persigue la ganancia, sino simplemente la distribución de los daños que sufran algunos de ellos en determinado tiempo¹⁹.

En el siglo XX, podían ejercer el comercio de los seguros otras entidades distintas a las compañías de seguros, es el caso del desaparecido Instituto de Seguros del Estado, las mutualidades de seguros que

¹⁴ RAMÍREZ; Luis, *Revista Mercado Previsor*, Madrid, año 2005, pp. 44 a 46 respecto al mercado internacional de seguros. Para el examen y evolución de los contratos de seguros en Chile ver documentación de Asociación de Aseguradores de Chile www.ach.cl.

¹⁵ ACHURRA LARRAÍN, Juan, *Derecho de Seguros*, t. 1 ob. cit., pp. 61 y 62.

¹⁶ BAEZA PINTO, Sergio, *El seguro*, ob. cit., p. 15.

¹⁷ RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos, *La buena fe en el contrato de seguro de vida*, ob. cit., p. 31.

¹⁸ Véase QUINTANA ENRIQUE José, Las entidades de seguro solidario. Una realidad centenaria de cara al siglo XXI, en Barbato Nicolás, *Derecho de seguros*, Editorial Hammurabi José Luis de Palma (editor), Buenos Aires, 2001, p. 581-a 599.

¹⁹ DE MUSSY DE MAROLLES, Oriana y MUÑOZ SÁNCHEZ, *Nueva legislación del comercio de seguros*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 8 y 9.

contaran con la autorización del Poder Ejecutivo, las cooperativas de seguros, las agencias de compañías de seguros extranjeras que se hubieren establecido en Chile antes de 1928. En nuestro país las mutuales estuvieron vinculadas a los seguros de los funcionarios públicos y las Fuerzas Armadas y de orden²⁰.

El seguro cooperativo que se encuentra cercano a las mutualidades, no tiene cabida en la legislación vigente que a contar de 1980 cambió en forma significativa²¹. A partir de la dictación de la Ley N° 18.660 de 1987 se eliminó a las cooperativas como entidades capaces de actuar como aseguradoras, de tal manera que esta actividad está reservada a las sociedades anónimas nacionales que tengan por objeto exclusivo el giro de los seguros.

IV. LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ASEGURADORAS

En Chile las aseguradoras deben ser Sociedades Anónimas abiertas constituidas de conformidad a la Ley N° 18.046. La ley define a la Sociedad Anónima como una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables. Las sociedades anónimas siempre serán mercantiles. La sociedad anónima es siempre mercantil aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil.

Se diferencian dos clases de sociedades anónimas: Las abiertas y las cerradas. Las sociedades anónimas abiertas son aquellas que hacen oferta pública de sus acciones de conformidad a la Ley N° 18.046; son aquellas

²⁰ El artículo 1 del Decreto Ley N° . 807, de 1925 establecía la obligación de mantener un seguro de vida, que comprendía a todos los personales de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, sean de planta, a contrata, en conscripción, en comisión de servicios o que trabajen a cualquier título para las referidas instituciones. Estos seguros deberán contratarse en las respectivas Mutualidades Institucionales, cuando las haya o, en su defecto, en otra corporación mutualista o entidad autorizada para asegurar, por un monto individual no inferior a doce veces la remuneración mensual imponible respectiva, o por las cantidades bases que los Mandos Superiores de cada rama de las Fuerzas Armadas y Carabineros convengan con sus correspondientes aseguradores. Los personales en situaciones de retiro, pensionadas y montepiadas podrán mantener asimismo seguros de vida vigentes en sus respectivas Mutualidades. Las referidas mutualidades, dada su condición de organismos auxiliares de previsión social, podrán otorgar a sus asegurados institucionales otros servicios o prestaciones, de acuerdo con lo que establezcan los respectivos estatutos, para beneficio y protección de sus correspondientes familias. Estas Mutualidades, sin perjuicio de las normas especiales que las rigen, se considerarán para todos los efectos dentro de las personas señaladas en el artículo 40 del Decreto Ley N° 824, de 1974, y gozarán de los privilegios y exenciones establecidos en la Ley de Cooperativas. Artículo 4°.-Ley N° 18.660- Modifica la legislación sobre seguro de valores - Ley N° 18.660, sustituyese el Decreto Ley N° 1.092, de 1975. Ver www.microjuris.cl (visitado 2 de junio del 2011).

²¹ Cuyas últimas modificaciones sustantivas corresponden a la década de 1980. Leyes números 18.046, 18.660, 18.814, 18.815, 18.899, 19.496, 19.601, 19.769 y 19.806.

que tienen 500 o más accionistas y aquellas en que, a lo menos, el 10% de su capital suscrito pertenece a un mínimo de 100 accionistas excluidos los que individualmente, o a través de otras personas naturales o jurídicas, excedan dicho porcentaje y aquellas que inscriban voluntariamente sus acciones en el Registro de Valores. Quedan sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros y deben inscribirse en el Registro Nacional de Valores.

Las cerradas son aquellas no comprendidas en el inciso anterior.

Las compañías de seguros o aseguradoras son sociedades anónimas que tienen por objeto exclusivo el giro de los seguros y las actividades que sean afines o complementarias a este último. Es decir, se trata de sociedades anónimas especiales que junto con estar sometidas a la Superintendencia de Valores y Seguros se rigen por las reglas de la bolsa de comercio donde transan sus acciones y valores.

Estas compañías de seguros pueden ser de dos tipos: Las que aseguran los riesgos de pérdida o deterioros de cosas o de patrimonio, llamadas de seguros generales, las que cubren el riesgo de las personas o que garantizan a estas, llamadas de seguros personales.

Las compañías de seguros han adquirido un rol fundamental en la administración de grandes cantidades de recursos financieros a partir del nuevo diseño que reformuló su papel legal. Desde la década de 1980, las compañías de seguros se han integrado a un sistema competitivo en que los capitales privados tanto nacionales como extranjeros les han permitido una gran expansión. Además con la reforma del sistema de pensiones también han aumentado su importancia en el mercado financiero, ya que éste otorga al trabajador que se pensiona tres opciones, entre las cuales se encuentra la de contratar un seguro con los recursos de que dispone en su fondo de pensiones (renta vitalicia).

El texto legal que regula a las compañías de seguros es el DFL N° 251 de 1931 con sus modificaciones, viéndose afectado por la Ley N° 19.301. Específicamente en su artículo 21 establece que las reservas técnicas y el patrimonio de riesgo de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, sin perjuicio de los depósitos que mantengan en cuenta corriente, deberán estar respaldadas por inversiones efectuadas en los instrumentos que señala la ley, con los límites que ella prescribe. Por eso se exige que los recursos se inviertan en valores, entre los cuales destacan los títulos emitidos por el Estado o el Banco Central, las letras de crédito hipotecarios, emitidas por los bancos, cuotas de fondos de inversión mobiliario e inmobiliario, inversiones en valores en el extranjero a base de ciertos títulos.

La Comisión Clasificadora de Riesgos de las Compañías de Seguros cumple un rol similar a la de las AFP, con la diferencia de que esta entidad no es desarrollada por un órgano estatal, sino por dos clasificadoras privadas de riesgos.

1. LA COMPAÑÍA ASEGURADORA O ASEGURADOR SEGÚN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Junto con el asegurado, las compañías aseguradoras son parte esencial en los contratos de seguros²². El artículo 513 del Código de Comercio señala que: “Llámesese asegurador la persona que toma de su cuenta el riesgo”. Se trata de aquél interviniente personal del contrato de seguro que asume el riesgo del asegurado a cambio de una prima pagada por otro interviniente.

En Chile, por compañía aseguradora o asegurador se debe entender la empresa que asume la cobertura del riesgo. Es necesario que se encuentre previamente autorizada para operar como tal por la Superintendencia de Valores y Seguros. De acuerdo al Decreto con Fuerza de Ley N° 251, en sus artículos 3 y 4, solamente las sociedades anónimas autorizadas por la Superintendencia de Valores y Seguros pueden operar en Chile como compañía aseguradora.

En nuestro medio asegurador sólo pueden actuar como aseguradores las sociedades anónimas que tengan este giro y que se encuentren autorizadas como tales²³. El ejercicio de la actividad aseguradora sólo puede ser llevado a efecto por sociedades anónimas aseguradoras y reaseguradoras que tengan por objeto exclusivo el comercio de asegurar o reasegurar sobre la base de primas, y el ejercicio de actividades afines o complementarias a dicho giro. Tanto las compañías de seguros como de reaseguros, se constituyen en nuestro país conforme a las normas contenidas en el artículo 126 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas²⁴, esto por mandato del artículo 9 del DFL N° 251.

Sin perjuicio de lo anterior, cualquier persona natural o jurídica puede contratar seguros en el extranjero. La fiscalización de las compañías que operan en el mercado asegurador chileno corresponde a la Superintendencia de Valores y Seguros²⁵. Como resulta comprensible no se puede obligar a las aseguradoras que operan en el extranjero a someterse a las leyes chilenas. Por ello las compañías aseguradoras extranjeras en la medida en que operen fuera del territorio de Chile se rigen por las reglas y normas del país de origen de la empresa. Ahora bien, toda persona natural o jurídica que en representación de empresas de seguros no establecidas en Chile, desee contratar o intermediar seguros por riesgos ubicados

²² De acuerdo al artículo 57 del DFL 251, los seguros se pueden contratar directamente con las aseguradoras, a través de sus agentes de ventas, o por intermedio de corredores de seguros independientes de éstas. Ver Dictámenes del Mercado de seguros. Oficio 105, de 10 de enero de 2000, p. 93.

²³ Véase término “asegurador” en glosario de SVS www.s.v.s.cl (visitado 20 de junio del 2011).

²⁴ Véase el Título XIII de la Ley N° 18.046, epígrafe “*De las Sociedades Sujetas a Normas Especiales*”.

²⁵ *Código de Comercio y normas Complementarias*, Legis Chile S.A., Bogotá, 2005, p. 242.

en nuestro país, debe solicitar su inscripción en la Superintendencia de Valores y Seguros²⁶.

La Superintendencia de Valores y Seguros, como órgano regulador de esta actividad, se encuentra facultada para clausurar, con auxilio de la fuerza pública, las oficinas en las que se ejerza el comercio de seguros sin estar autorizadas. También pueden deducir las respectivas acciones para hacer valer la responsabilidad penal por los delitos de estafa.

2. PRINCIPALES MODALIDADES DEL CONTRATO DE SEGURO

El instituto regulador y supervisor de las compañías aseguradoras es la Superintendencia de Valores y Seguros. Este organismo divide la oferta de seguros distinguiéndose:

1. Seguros generales (primer grupo).
2. Seguros de crédito (también del primer grupo).
3. Seguros de personas (segundo grupo).

Esta división parece útil para separar los seguros generales que recaen principalmente sobre bienes y los seguros de créditos. Sin embargo como ella mismo lo indica, los grupos son diversos respecto de los genéricamente llamados seguros generales y los seguros de personas.

El marco legal está constituido por el Código de Comercio, el DFL N° 251, la Ley Orgánica de la Superintendencia, la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas, la Ley N° 18.490 sobre seguro obligatorio de accidentes personales, el DL 3500, el DL N° 1092 sobre mutualidades de seguros y el Reglamento de auxiliares de Seguro D.S. N° 863.

El primer cuerpo legal establece al menos las siguientes modalidades de seguros de vida. El seguro de vida en que el asegurado es quien contrata el seguro o en que el tercero contrata el seguro. Este último puede realizarse, a su vez, sin noticia y consentimiento de la persona que se asegura o con el consentimiento de ella. Como puede deducirse, el consentimiento de aquel cuya vida se asegura o noticia no es un elemento esencial, sino el hecho de existir un interés asegurable.

A su vez el artículo 571 del Código de Comercio indica una nueva división propia de estos seguros de personas que pueden ser temporales o vitalicios. Los seguros generales son temporales y generalmente de lapsos de un año. Los seguros de vida pueden ser temporales, pero por regla general son vitalicios, y por ello en caso de que se verifique una omisión de la designación del tiempo que debe durar el seguro, se reputará vitalicio.

²⁶ DE MUSSY DE MAROLLES, Oriana y MUÑOZ SÁNCHEZ, *Nueva legislación del comercio de seguros*, ob. cit. p. 29.

Nos parece que a pesar del fin expositivo que ha tenido la Superintendencia de Valores y Seguros al distinguir entre seguros generales y de crédito, en definitiva nuestro ordenamiento jurídico divide los seguros en aquellos que se refieren a bienes y patrimonios y los seguros que afectan a las personas. En estos últimos se encuentran: los seguros de accidentes, los seguros de enfermedades e invalidez y el seguro de vida propiamente tal.

V. LAS COMPAÑÍAS DE REASEGURO

Con la modificación de 1980 en Chile hay libertad absoluta para reasegurarse. Tanto en las compañías de seguros y de reaseguros, como en sociedades extranjeras de los mismos rubros o mediante el empleo del servicio de corredores de reaseguros extranjeros. Las compañías aseguradoras deben contratar reaseguros que se pueden comprender indicando que son los seguros de los aseguradores. Estos se pueden contraer entre ellas o con empresas constituidas como reaseguradoras. El DL 3057 permite el reaseguro con compañías de seguros o con compañías creadas con el exclusivo objeto del reaseguro, como la Caja de Reaseguros de Chile S.A. y American Re-Chile²⁷.

La Superintendencia de Valores y Seguros ha reconocido esta amplitud y libertad para reasegurarse indicando que las entidades aseguradoras tienen libertad para reasegurarse en las entidades nacionales o extranjeras que les ofrezcan las mejores condiciones, tanto en precio, como en cobertura u otro respaldo financiero o técnico, no estando por lo tanto obligadas a ceder sus riesgos a una entidad determinada²⁸.

Se debe tener presente que las coberturas de reaseguro muchas veces se encuentran atomizados de tal manera que el riesgo se encuentra repartido en muchas empresas, lo que por lo demás constituye uno de los principios de la actividad aseguradora. Es decir, si la empresa aseguradora contrata un reaseguro en Chile lo hará con una empresa constituida como sociedad anónima. Si se contrata el reaseguro en el extranjero la empresa reaseguradora podrá estar constituida jurídicamente como lo autorice la legislación de ese país²⁹.

Algunos ejemplos de compañías reaseguradoras son la *Liberty Mutual Insurance Company* de Estados Unidos de Norteamérica, la *Compañía Suiza de reaseguros* o la *General Reinsurance AG* de Alemania, que están

²⁷ ACHURRA LARRAÍN, Juan, *Derecho de Seguros*, T. 1. ob. cit., p. 62.

²⁸ Corte Suprema, abril, 1990, 2ª Sala, Recurso de Reclamación por Ley Antimonopolios, Rol N° 11.089.

²⁹ DE ANGULO RODRÍGUEZ Luis y SÁNCHEZ CALERO FERNANDO, *Estudio sobre el contrato de reaseguro*, Editorial española de seguros, Madrid, 1997. pp. 38-39.

constituidas bajo una forma societaria diversa de la sociedad anónima. Igualmente las empresas reaseguradoras pueden tener la estructura de sociedades anónimas, como es el caso de *Mapfre Re* de España³⁰.

VI. CONCLUSIONES

1. Las compañías aseguradoras chilenas han evolucionado en su forma de constitución jurídica desde mediados del siglo XIX hasta inicios del siglo XXI. Al promulgarse el Código de Comercio las aseguradoras no se encontraban vinculadas a una forma societaria determinada.
2. Con el crecimiento de la actividad aseguradora algunas de las iniciativas aseguradoras se constituyeron como mutualidades, como cooperativas y otras bajo el régimen jurídico de Sociedades Anónimas.
3. A partir del DFL 251 de 1931, las empresas aseguradoras como las reaseguradoras nacionales tuvieron una reserva o protección para operar en el mercado de nuestro país.
4. Con la dictación del DFL 251 las empresas aseguradoras comenzaron a constituirse como sociedades anónimas, y las mutuales y cooperativas comenzaron separarse del mercado asegurador.
5. Desde 1981, en que entra en vigor la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas, las empresas aseguradoras que actúan en el mercado chileno se sujetan a normas especiales contenidas en el Título XIII de ese cuerpo legal.
6. Las empresas aseguradoras se agrupan de acuerdo a los ramos de seguros generales y las que cubren seguros de personas. Ambas formas empresariales deben contar con contratos de reaseguros que constituyen los seguros de las empresas aseguradoras.
7. Actualmente los contratos de reaseguros se pueden contratar tanto en nuestro país, en cuyo caso la empresa reaseguradora debe estar constituida como sociedad anónima, y en el extranjero, en cuyo caso la constitución jurídica de la reaseguradora corresponderá a la exigida por el Derecho del país donde tiene su domicilio esa empresa.

³⁰ ROMERO MATUTE, Blanca, "El reaseguro: protección del asegurado directo y obligación principal del reasegurador" en *Cuadernos de Derecho Comercial*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid. Septiembre de 1997, pp. 5-7.

8. Las empresas aseguradoras chilenas se encuentran bajo la supervigilancia de la Superintendencia de Valores y Seguros en cuanto a la autorización de las condiciones generales de los contratos, y por la Bolsa de Valores en cuanto a la transacción de valores y acciones.

DISOLUCIÓN JUDICIAL DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA: ASPECTOS PROCESALES

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Doctor en Derecho Universidad de Navarra

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de los Andes

I. EXPLICACIÓN GENERAL

Dentro de los múltiples conflictos jurídicos que pueden surgir en torno a una sociedad anónima cerrada, uno de enorme interés es la posibilidad de declarar su disolución por sentencia judicial. Este derecho está contemplado en el art. 105 de la Ley N° 18.046, en relación al art. 103 N° 5 del mismo cuerpo legal¹.

Los preceptos aludidos permiten que la sociedad anónima cerrada pueda ser disuelta a petición de un grupo de accionistas que representen a lo menos un 20% de su capital, “por estimar que existe causa para ello, tales como la infracción grave de ley, de reglamento o demás normas que les sean aplicables, que causare perjuicio a los accionistas o a la sociedad; declaración de quiebra de la sociedad; administración fraudulenta u otras de igual gravedad”.

La ley no ha previsto que las sociedades anónimas abiertas o las especiales puedan ser disueltas por sentencia judicial, salvo que se trate de un atentado contra la libre competencia (art. 26 letra b, DL 211 de 1973) o por la aplicación de la pena prevista en el art. 9 de la Ley N° 20.393, de 2 de diciembre de 2009, sobre responsabilidad de las personas jurídicas. La restricción para disolver judicialmente una anónima abierta se explica, entre otras causas, por tratarse de un ente esencialmente despersonalizado.

¹ Esta posibilidad no la consideró el Código de Comercio ni el D.F.L. N° 231 de 1931. La actual redacción de la causal se debe a la Ley N° 20.382 (D.O. de 20 de octubre de 2009).

zado, que hace inviable aplicar esta medida de solución a los conflictos societarios².

En cambio, en las sociedades anónimas cerradas, al tener un número de accionistas limitado, sí admiten su extinción mediante una declaración judicial. Esta forma de remedio a una disputa entre socios puede resultar muy eficaz para evitar, por ejemplo, que se siga agravando el menoscabo patrimonial para el socio o grupo de socios que la solicitan. Las situaciones más comunes para impetrar esta sanción pueden provenir de gestiones negligentes o de mala fe por parte del directorio, que generen pérdidas por suscripción de contratos en perjuicio de los intereses sociales, incumplimiento de normativas tributarias, previsionales, normas contables o financieras, ocultamiento de bienes, reconocimiento de deudas simuladas, entre tantas otras hipótesis³.

Lo anterior se explica por algunas notas distintivas que este tipo de sociedad presenta en nuestro medio. Como lo expresa Pulido, la sociedad anónima cerrada es una creación de la reforma de la Ley N° 18.046 de 1981, que vino a validar una práctica comercial; con anterioridad a ese cambio “razones tributarias o de otro orden (...) indujeron a la formación de numerosas sociedades anónimas, de muy pocas personas, que vinieron en el hecho a reemplazar a sociedades de responsabilidad limitada que, no obstante la libertad contractual que permite la Ley N° 3.918 que las rige, no satisfacían los deseos de sus miembros en cuanto a la cesibilidad de sus cuotas sociales y régimen de administración(...)”⁴. En similar orientación, Illanes puntualiza que las anónimas cerradas “...muchas de ellas son en la realidad sociedades de personas que se han constituido como anónimas por razones de carácter tributario o de otra índole. Muchas de ellas no cumplen con las normas reglamentarias existentes en la Ley de Sociedades Anónimas en cuanto a lo que se refiere a su administración, organismos directivos, juntas generales ordinarias y extraordinarias y la confección de balances y otros cuerpos de tipo comercial, lo que se ha traducido en muchas controversias entre los socios por el manejo de este tipo de sociedades anónimas”⁵.

² Sobre el tema, *cf.*: INMENGA, Ulrico, “Ordenación económica y derecho de sociedades”, en *RDM*, N° 276, 2010, pp. 541-559; GONDRA, José María, “La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económico”, en *RDM*, N° 278, 2010, pp. 1171-1231.

³ La CS, en sentencia de 27 de agosto de 2002 (Rol 904-2001, LP 25697) ha señalado que la falta de información proporcionada al accionista minoritario y fiscalización en la administración, ha llevado a una situación de abuso de los socios de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios. Estos hechos, según el fallo, vulneran gravemente las disposiciones de los artículos 30, 42 N° 1 y 2, 44, 51, 54 y 74 de la Ley de Sociedades Anónimas; y 43, 47 y 61 de su Reglamento, lo que amerita no sólo a disolver la sociedad, sino que también a perseguir las responsabilidades de que trata el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁴ PULIDO MORGAN, Alberto, “Sociedades anónimas cerradas” en *RCHD*°, vol. N° 9, 19982, p. 36.

⁵ ILLANES RÍOS, Claudio, “Significación, objetivos y principales modificaciones introducidas por la Ley N° 20.382, publicada en el Diario Oficial de 20 de octubre de 2009 a la Ley N° 18.046

II. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE DISOLUCIÓN

1. SU NATURALEZA CONSTITUTIVA

La acción de disolución prevista en la LSA tiene una naturaleza constitutiva⁶, al permitir obtener un cambio jurídico, a través de la actuación de la jurisdicción ordinaria o arbitral. Una vez que queda ejecutoriada la sentencia que declara la disolución, se abre el proceso de liquidación de la sociedad anónima cerrada.

La LSA ha optado por un sistema de causal genérica, para que un grupo de accionistas pueda solicitar esta declaración, fundada en la infracción grave de ley, de reglamento o demás normas que les sean aplicables, que causare perjuicio a los accionistas o a la sociedad; declaración de quiebra de la sociedad, administración fraudulenta u otras de igual gravedad.

En cuanto al alcance de estas contravenciones, para Puelma “por la misma generalidad de la norma debe considerarse que la infracción puede ser a leyes civiles, penales, tributarias, previsionales y de cualquier otra índole. También es necesario comprender dentro de aquellos que posibilitan la disolución de la sociedad las violaciones a estipulaciones válidas de los estatutos de la propia sociedad”⁷. Para Baeza Ovalle ella no sería procedente para resolver un conflicto entre socios proveniente de la infracción de un pacto de accionistas, atendido el efecto relativo del mismo⁸.

Desde un punto de vista procesal, la opción por una causal genérica obliga al actor a precisar en su demanda qué situación, dentro del amplio universo normativo, habría configurado la disolución. Si tales hechos materiales no existen, o si ellos no han consumado una infracción grave, el cambio jurídico solicitado deberá ser denegado⁹.

sobre sociedades anónimas”, en *Estudios de Derecho Privado* (VV. AA.), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 124.

⁶ En tal sentido, SANTOS REQUENA, Agustín, “La disolución judicial de las sociedades mercantiles”, en *RDP*, N° 3, 1999, p. 641.

⁷ PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, 3ª ed. T. II, p. 698.

⁸ *Cfr.* BAEZA OVALLE, Gonzalo, *Tratado de Derecho Comercial*, Santiago: LexisNexis, 2008, 4ª ed., t. II, p. 999.

⁹ En tal sentido, Sentencia de 12 de septiembre de 2002, pronunciada por doña Olga Feliú Segovia (Tomo III, *Sentencias Arbitrales CAM Santiago*, Rol N° 264-2002, pp. 244-258). En la sociedad de personas se ha estimado que es válida la disolución motivada en “la inobservancia por parte de los demandados de obligaciones elementales y esenciales del contrato social, como ser: la no restitución de un préstamo efectuado por el demandante desde su patrimonio personal y en beneficio de la empresa; la concreción de presiones indebidas para obtener un nuevo empréstito y forzar la posición de aquél como socio administrador; el ejercicio irresponsable de una acción penal en su contra, finalmente sobreseída; la comisión de un delito de estafa en su contra por parte del nuevo administrador social, por el que éste aparece condenado y a raíz del giro de un cheque en pago parcial de una deuda (Corte de Apelaciones de Rancagua, 26 de noviembre de 2010, autos caratulados “Weber Kreft, Kart c/ Ingemer Servicios Industriales” (Rol N° 1041-09, MJ25522)).

Ahora, la amplitud de la causal trasladada al juez o al árbitro el examen del buen comportamiento de los órganos de administración de la sociedad anónima cerrada¹⁰.

En la jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 3 de noviembre de 2000, declaró que para configurar la causal referida la infracción puede incidir en la violación de cualquier norma obligatoria para la sociedad o sus administradores, sea que ésta se cometa por acción u omisión o mediante autorización de un acto o hecho ilícito¹¹. Sin embargo, la misma sentencia introdujo la necesidad de considerar el monto económico del perjuicio o la cantidad de accionistas a quienes afecta para declarar la disolución¹².

Por su lado, la Corte de Apelaciones de Coyhaique, en sentencia de 17 de junio de 2011, ha resuelto que esta causal de disolución no exige que el perjuicio sea siempre económico, produciéndose también por gestiones fraudulentas o de mala fe. Sobre el particular, expresó que es suficiente "(...) la comisión de acciones y también omisiones que deben considerarse como graves, dado que han significado no sólo un entramamiento en el desenvolvimiento social sino también en la consecución del fin social para obtener los beneficios correspondientes a dicha sociedad (...)")¹³.

2. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa en la acción de disolución se reconoce a los accionistas que representen a lo menos un 20% de su capital. No podría intentarla, en consecuencia, un tercero aunque tenga un interés patrimonial

¹⁰ Una exposición de conjunto, con una amplia referencia bibliográfica, JUPPET EWING, María Fernanda, "El mandato y responsabilidad del gerente general en las sociedades anónimas", en *Actualidad Jurídica*, N° 23, 2011, pp. 355-373; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La sociedad anónima*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 29-176; ILLANES RÍOS, Claudio, "Significación, objetivos y principales modificaciones introducidas por la Ley N° 20.382, publicada en el Diario Oficial de 20 de octubre de 2009 a la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas", art. cit. pp. 121-143; LYON PUELMA, Alberto, "Conflictos de intereses en las sociedades" en *RCHD*° vol. 29 N° 1, 2002, pp. 47-93.

¹¹ C. de Ap. de Santiago, 3 de noviembre de 2000, MJ3640. En el caso concreto, se declaró la disolución por una infracción a las disposiciones de los artículos 42 Nos 1) y 2) y 44 de la Ley sobre Sociedades Anónimas. El fallo referido concluye que "(...) en la apreciación que la ley impone al juez no ha de olvidarse la exigencia general de que los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas y que, particularmente los Directores, habrán de tener en cuenta que el fin social consiste siempre en obtener un beneficio y, con tal objeto, deben evitar todo tipo de trabas para el normal desenvolvimiento de los negocios y respetar, con igual celo, los derechos e intereses de los socios minoritarios". La sentencia se pronunció con el voto en contra del abogado integrante Domingo Hernández E., quien estuvo no declarar la disolución, atendido que, a su juicio los fundamentos constitutivos de la "infracción grave" y concurrente perjuicio hechos valer, no resultaron debidamente acreditados, atendido que, las presuntas irregularidades admitidas no implicaban infracción legal o estatutaria grave que amerite la disolución solicitada, ni irrogan perjuicios comprobados al demandante.

¹² C. de Ap. de Santiago, 3 de noviembre de 2000, MJ 3640.

¹³ C. de Ap. de Coyhaique, 17 de junio de 2011, Rol 53-2011, LP 50082.

en accionar. La explicación a esta exclusión obedece al hecho que ellos no forman parte de la sociedad, y por ende, no pueden ser considerados como justa parte en este litigio.

No lo señala la ley, pero para cumplir esta exigencia se debe tener la referida calidad al momento de deducir la demanda¹⁴. Tampoco está previsto un plazo previo en la adquisición de las acciones en el capital social para poder reclamar.

Asimismo, no está resuelto qué consecuencia se produciría en el resultado de la acción de disolución, si al momento de deducir la demanda no se cumple con el porcentaje accionario recién indicado. Aunque lo normal en el ejercicio de una acción civil es que cada persona puede deducirla sin el concurso de otras, aquí claramente se da una excepción en la configuración de este singular litisconsorcio voluntario activo. Por lo mismo, si al momento de notificar la demanda no se cumple con el quórum indicado, la pretensión de extinción de la personalidad jurídica no podrá prosperar, por falta de legitimación¹⁵.

Otra dificultad en relación a la legitimación activa es determinar qué efecto se produce si después de iniciado el proceso, la parte demandante deja de tener el 20% del capital social. ¿Se pierde la legitimación, afectando el resultado de la acción de disolución? La respuesta a esta pregunta depende del alcance que se asigne al principio de la *perpetuatio legitimationis*. Conforme a esta institución, se supone que la sentencia que acoge la demanda debe actuar el Derecho como si lo hiciese en el momento mismo de la demanda judicial. Como lo sintetiza Málaga, la *perpetuatio legitimationis* es un efecto de la litispendencia que junto con perpetuar la presunta legitimación de las personas que actúan en el juicio, busca, en general, evitar cualquier tipo de cambio sobrevenido que afecte a su posición de parte¹⁶.

Bajo tal postulado, la pérdida del quórum no debería afectar el resultado de la acción, salvo que se trate de una situación que genere lo que se denomina como la pérdida sobrevenida del interés en el objeto del proceso. En este último caso, la merma en el número de sujetos legiti-

¹⁴ La CS ha aplicado este principio en múltiples oportunidades. En el último tiempo ha declarado que al momento de interponer la acción pauliana en contra del tercero adquirente de los bienes del deudor que se los transfirió, se debe tener un crédito dotado de certeza jurídica en contra del deudor para poseer la legitimación activa necesaria que requiere la presente acción (CS, 1 de agosto de 2011, Rol: 8744-09, MJ 28637). La misma solución se ha utilizado en materia de acción de dominio, estableciendo que no siendo ni habiendo sido a la época de la adjudicación en pública subasta los bienes del dominio de la sociedad conyugal, sino del patrimonio reservado de la mujer, el actor no se encuentra legitimado activamente para impetrar la acción reivindicatoria (CS, 1 de junio de 2011, Rol 7427-09, MJ 27814).

¹⁵ ¹⁵ Interpretando una norma legal similar, se ha resuelto que si "(...) al momento de presentar la demanda no se cumplió con el requerimiento de ser los consumidores afectados en un mismo interés en un número igual o superior a cincuenta personas, de acuerdo al sustrato legal imperativo, motivo por el cual no se ha cumplido con el presupuesto de admisibilidad en análisis (...)" (CS, 8 de julio de 2009, Rol N° 1408-2008, LP 42314).

¹⁶ ¹⁶ Cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco, *La litispendencia*, Barcelona: J.M. Bosch, 1999, pp. 224-225.

mados podría demostrar que no existe interés en declarar la extinción, resultando innecesaria la protección jurídica originalmente solicitada. Como lo señala la doctrina, “(...) cuando se satisface el derecho material del actor, el proceso deja de ser necesario pues ha perdido su subsidiariedad, su carácter de último recurso para la realización de derecho: ya no se da esa necesidad (...) como la única forma de lograr lo que se pretendía: en otros términos, al actor ya no le hace falta la actividad jurisdiccional, pues acudió al proceso para hacer efectivo su derecho o interés y ya lo ha visto satisfecho por otra vía, aunque pueda haber sido la existencia del proceso la que, en buena medida, haya sido el detonante de esa satisfacción que lo ha convertido en innecesario”¹⁷.

Lo anterior no es una mera especulación teórica, atendido que antes del pronunciamiento de la sentencia podría haberse producido también otra causa de extinción de la personalidad jurídica, que haga innecesaria la sentencia. El ejemplo más nítido podría ser la adopción de un acuerdo de la junta extraordinaria de accionistas para disolver la sociedad. En tal caso, como ese hecho jurídico extraprocesal logra el mismo efecto, atendido que ninguna persona jurídica puede ser disuelta más de una vez, el juez o el árbitro no debe declarar la disolución, atendida la pérdida del interés sobrevenido en el objeto del proceso.

3. LA LEGITIMACIÓN PASIVA

La ley no ha previsto en contra de quién debe ser deducida la acción de disolución. En nuestra opinión, el único sujeto legitimado pasivo es la sociedad cuya disolución se solicita.

Esta solución se explica porque la sociedad es un ente diverso de los socios que la componen, y cuya extinción no podría obtenerse, válidamente, sin emplazarla al juicio.

Ahora, los socios que no han demandado, no deben ser considerados como legitimados pasivos. En la doctrina avala lo anterior Puga, cuando señala que, “no cabe duda de que la sentencia judicial disolutoria tiene efectos *erga omnes*, pero nosotros no tenemos claro que de ello se siga de la circunstancia de que el sujeto pasivo de la acción sean los restantes accionistas. Estas conclusiones nacen de la circunstancia de predicar sin reparos los principios de las sociedades personalistas a una institución esencialmente capitalista, esto es, que no tienen socios sino accionistas. La relación de los accionistas entre sí teóricamente no es relevante en materia de sociedades anónimas y las ‘causales graves’ que justifican la sentencia de extinción no son gestadas por los accionistas, sino que por la administración de la sociedad, que son, recordémoslo, órganos socia-

¹⁷ GASCÓN ABELLÁN, Fernando, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Madrid: Civitas, 2003, p. 63.

les... esto es, las causas graves las gesta la sociedad por medios de sus órganos. Es lógico entonces que se reclame a la sociedad misma su disolución, porque eso es la disolución: cesar el giro o actividad lucrativa y cambiarlo a una actividad de liquidación y esa actividad no la desarrollan los accionistas ni otras personas, sino la sociedad anónima por medio de sus órganos de liquidación. Nada tiene de extraño entonces que se demande de ella el inicio del proceso de liquidación, así como es ella misma la que voluntariamente puede determinar su extinción, por una resolución de su órgano principal, la asamblea de accionistas¹⁸.

Por otro lado, si se extendiera la legitimación a los socios que no han demandado, se produciría una confusión inaceptable entre la sociedad y los socios¹⁹.

Asimismo, asignar la legitimación pasiva a los socios no demandantes no se corresponde con la causa de pedir de esta acción constitutiva, que, como se explicaba, requiere estar fundada en infracciones cometidas por administradores, no por hechos de sus accionistas.

Por último, no se puede perder de vista que la disolución es una sanción prevista para proteger los derechos de los que han reclamado jurisdiccionalmente; si un socio realiza alguna actuación antijurídica, sin tener la calidad de administrador, podría intentarse en su contra una demandada de responsabilidad civil, pero no la de disolución. Ahora, si la calidad de socio coincide con la de director la conclusión anterior se ve modificada, pero no por ello el control de juridicidad dejará de estar centrado en examinar su participación como administrador, no como socio.

4. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE DEFENSA

Aunque la disputa por la disolución puede estar envuelta en un cúmulo de circunstancias especiales, anticipemos que, en general, la defensa de la sociedad demandada podría estar basada en torno a los siguientes temas:

1º) La naturaleza y gravedad de las sanciones aplicadas. Como la disolución es una auténtica pena civil, para su aplicación se deben considerar las limitaciones inherentes al derecho sancionador²⁰.

¹⁸ PUGA VIAL, Juan Esteban, *La sociedad anónima*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 690-691.

¹⁹ Sobre este punto en la doctrina clásica, *cfr.* FERRARA, Francisco, *Teoría de la persona jurídica*, Granada: Comares, tr. De E. Ovejero de la 2ª ed. Italiana, 2006, pp. 417-423. En la jurisprudencia, la separación entre la sociedad y el socio se ha reconocido a propósito del efecto de cosa juzgada. Así, se había declarado que no existe identidad legal entre el socio y la sociedad, por tratarse de personas jurídicamente distintas, resultando improcedente que el socio invoque una sentencia pronunciada a favor de la sociedad (CS, 18 de junio de 1971, *RDJ*, t., LXVIII, sec. 1ª, p. 187).

²⁰ Sobre el tema, CASADO CASADON, Belén, *El derecho sancionador civil*, Universidad de Málaga, 2009, pp. 21-48; HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, 2007, pp. 209-247.

Por lo anterior, a la hora de ponderar la procedencia de la disolución, no se puede dejar de analizar la infracción jurídica cometida, atendiendo a su naturaleza penal, administrativa, laboral, civil, tributaria. También se debe examinar el comportamiento del principio de la culpabilidad en la aplicación de la sanción que ha llevado a establecer la sanción fundante de la disolución, entre otras cuestiones.

Aunque lo normal de una sanción en el campo jurídico es su carácter punitivo para un determinado infractor, en este caso, paradójicamente el proceso no culmina condenando al directorio o al gerente, sino que provocando sus efectos en todos los socios, incluso en los que no han demandado, aunque tengan un interés económico por la supervivencia de la sociedad.

2º) La aplicación del principio de la proporcionalidad. Como la disolución es una sanción jurídica, se debe evitar que ella se convierta en una medida excesiva, que permita consumir una petición realizada con abuso del derecho o contra el principio de la buena fe.

Desde otro punto de vista, como la cancelación del atributo de existencia es una medida radical, siempre será necesario aplicar el principio de la proporcionalidad. De lo que se trata es evitar que ella actúe como una medida de fuerza para satisfacer intereses de otra índole que tengan los peticionarios de disolución, como podría ser pretender dejar fuera del mercado a la sociedad materia del litigio, para beneficiar a una competidora.

Un aspecto relevante en el contenido del derecho de defensa es determinar si la causal de disolución se puede enervar. Por ejemplo, se solicita la disolución por no haberse citado a junta de accionistas o por haberse aplicado por el SII sanciones por incumplimiento a normas contables, y dichas omisiones se subsanan con posterioridad al inicio del juicio. La ley no resuelve este tipo de situaciones, dejando en manos del juez o del árbitro su solución. La respuesta a esta interrogante se debe buscar en la naturaleza que tienen las acciones constitutivas, esto es, si el derecho al cambio surge irrevocablemente cuando se configuran las hipótesis legales, o, por el contrario, si mientras tal cambio no se declare puede extinguirse la causal por hechos sobrevenidos.

Por último, la defensa de la situación de los socios que no demandaron se debe encauzar, ya para oponerse o para obtener la disolución, a través de la intervención voluntaria en el proceso pendiente, específicamente en calidad de coadyuvantes²¹.

²¹ En este caso se justifica la figura de la intervención adhesiva litisconsorcial, atendido que el socio que no demandó, en rigor, es titular del mismo derecho que es objeto de la discusión. En cambio, el coadyuvante no es titular de la relación jurídica que es objeto del proceso; su legitimación viene dada por el hecho de ser titular de un derecho o un interés jurídico que justifica su participación, para defenderse de la eficacia directa o refleja de la sentencia que allí se pueda pronunciar.

III. EL JUEZ NATURAL

La ley ha previsto dos posibles jueces con competencia alternativa para resolver el conflicto²². Conforme al art. 125 de la LSA, el peticionario de disolución puede elegir entre iniciar el arbitraje o acudir a la justicia ordinaria. Esto está señalado en el inc. 2° de esa norma, cuando dispone que “el arbitraje que establece esta ley es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria. Este derecho no podrá ser ejercido por los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad. Tampoco por aquellos accionistas que individualmente posean, directa o indirectamente, acciones cuyo valor libro o bursátil supere las 5.000 unidades de fomento, de acuerdo al valor de dicha unidad a la fecha de la presentación de la demanda”.

Cuando se opta por el arbitraje, se trata de uno que tiene como fuente la cláusula compromisoria, y por ende, obliga a designar al compromisario de común acuerdo o mediante la intervención de la justicia ordinaria o un ente de arbitraje institucional, según el caso. Conforme a lo explicado en la legitimación pasiva, la audiencia de designación se debe desarrollar entre los socios demandantes y los representantes legales de la sociedad demandada²³.

La competencia electiva no obsta a que una vez radicado el asunto, el otro juzgador potencial quede inhibido de actuar. Esta solución se explica por el contenido que tiene el derecho al juez natural que, entre otras cosas, impide que puedan actuar al mismo tiempo dos tribunales para resolver un mismo conflicto entre partes.

Si una de las partes trata de desconocer el límite anterior, se debe promover la excepción de litispendencia, para excluir la actuación del otro tribunal, respetando de ese modo la competencia del que ya comenzó a conocer del tema.

²² Reconoce límites a esta competencia alternativa la sentencia de la Corte Suprema de 22 de julio de 2008, pronunciada en los autos “Agrícola Ganadera Arco Iris con Agrícola Ganadera y Forestal los Ríos” Rol N° 316-07, MJ17883. Un mayor desarrollo de los problemas que ha suscitado esta norma cfr. VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Arbitraje en Chile*, Santiago: LegalPublishing, 2009, pp. 469-501; MORAND VALDIVIESO, Luis, “Jurisdicción arbitral y justicia ordinaria en sociedades anónimas”, *Estudios de Arbitraje*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 329-334. La posibilidad de reconocer a los árbitros competencia para la acción de disolución no recibe la misma respuesta en el derecho comparado; para algunos no sería un tema arbitrable (Con las síntesis de la doctrina y jurisprudencia española, francesa e italiana, cfr. CARAZO LIÉBADA, María José, *El arbitraje societario*, Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 210-216).

²³ En la jurisprudencia arbitral se ha declarado que la fuente de designación del árbitro surge de su designación conforme al pacto social y no de su nominación en un pacto de accionistas. En tal sentido, Sentencia de 12 de septiembre de 2002, pronunciada por el árbitro arbitrador Carlos Urenda Zegers (Tomo III, *Sentencias Arbitrales CAM Santiago*, Rol N° 289-2002, pp. 346-352).

IV. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

En el proceso de disolución de la sociedad anónima cerrada la ley permite apreciar la prueba en conciencia.

Como primera cuestión, no se debe confundir valoración de la prueba con la decisión en conciencia.

La decisión en conciencia, en nuestro medio, se vincula tradicionalmente a la figura del arbitrador. En general, el recurso a la conciencia se da cuando el legislador quiere que el juzgador asuma directamente la responsabilidad moral y jurídica de adoptar la decisión. Esto naturalmente no exime al sentenciador de ajustar su actuar a la razón, ni con prescindencia de la verdad de los hechos establecidos en el proceso mediante las pruebas aportadas.

En cambio, la valoración de la prueba en conciencia es una de las varias opciones que hace el legislador, para dar contenido al sistema de libre valoración. En este caso, siguiendo a Taruffo, "(...) el valor probatorio de la prueba debe ser establecido por el juzgador caso por caso, de forma discrecional y sin estar vinculado por reglas abstractas y generales"²⁴.

Para lo que aquí importa, la apreciación y la decisión en conciencia conforman una sola realidad cuando la disolución debe ser pronunciada por un árbitro arbitrador, tal como lo autoriza el art. 4 N° 10 de la LSA. En cambio, la misma actividad debe ser cumplida por un juez ordinario o un árbitro de derecho (o mixto), al dictar su sentencia deben resolver el conflicto conforme a derecho, pero ponderando la prueba en conciencia.

Ahora, cuando se pondera la prueba por este sistema, el juez o el árbitro no está compelido por los límites de la prueba legal ni tampoco por las reglas del sistema de sana crítica.

Como nuestro legislador no ha definido qué límites tiene la ponderación de la prueba en conciencia, ha sido la jurisprudencia la obligada a darle contenido.

En este tema, lo primero que se ha resaltado es la mayor motivación que debe contener la sentencia. Para la Corte Suprema, "la fundamentación de las sentencias constituye una garantía que tiende a evitar la arbitrariedad, porque permite conocer los motivos que sustentan la resolución, imponiendo a los jueces la obligación de estudiar razonadamente los elementos de juicio reunidos, en términos tales que resulte entendible la aceptación o rechazo tanto de las pruebas rendidas como de las alegaciones y defensas planteadas"²⁵.

En relación a lo que significa efectivamente apreciar la prueba en conciencia, dentro de los varios pronunciamientos judiciales, se ha convertido en una referencia clásica la sentencia de la Corte Suprema, de 4

²⁴ TARUFFO, Michele, *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, (tr. L. Manríquez y J. Ferrer), 2008, p. 136.

²⁵ CS, 30 de mayo de 2011, Rol N° 1418-2010 N° LP: 49312.

de diciembre de 1951, donde declara que “la facultad de apreciación de la prueba en conciencia importa la atribución de hacerlo en conformidad a la conciencia, esto es, con conocimiento exacto y reflexivo de las cosas, según lo dice el Diccionario de la Lengua. Este conocimiento exacto y reflexivo de las cosas se opone al concepto de arbitrariedad”²⁶.

Con mayor latitud describe este sistema la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 25 de julio de 2011, al declarar, “7º) Que la apreciación de la prueba en conciencia, exime al juez de la carga de tener que circunscribirse a estrictas disposiciones que reglan el mérito de cada antecedente allegado por las partes, y en consecuencia, puede arribar a convicción judicial, a partir de esos datos, por aplicación de un método interno y reflexivo, de acuerdo a su íntimo convencimiento de justicia”. “8º) Que la única limitante o exigencia a este método probatorio, está dada por la exteriorización de su raciocinio, en aras de un conocimiento cabal por las partes de su desarrollo argumentativo, circunstancia que lo releva de la arbitrariedad, por lo que se encuentra vedada la sola voluntad y las meras estimaciones expresadas sin fundamento, ergo se deben exponer y motivar las razones del veredicto a partir de las pruebas reunidas, en armonía con la lógica, la equidad, la prudencia, todo ello dentro de la normativa vigente”²⁷.

En otra oportunidad, la sentencia de la Corte Suprema, de 18 de junio de 2008, declaraba: “(...) el método de valoración de la prueba (...) de apreciación en conciencia claramente libera al Juez de la obligación de sujetarse a las normas que regulan el mérito de cada antecedente allegado por las partes, pudiendo formar su convencimiento, a partir de los mismos, de acuerdo a su íntima convicción de justicia en el caso de que se trata. Dicha facultad, sin embargo, con el fin de evitar la expresión de la mera voluntad sin fundamento y las simples estimaciones, es decir, la arbitrariedad, acusa como límites, la imposición al Tribunal de la obligación de manifestar las razones de su veredicto a partir de las pruebas reunidas de acuerdo a la ley e inserto siempre en el marco de la lógica, la equidad y la normativa vigente”²⁸.

De un modo específico, en un conflicto acerca de la disolución de una sociedad anónima aplica este sistema de valoración la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 17 de junio de 2011, estable-

²⁶ CS, 4 de diciembre de 1951, *RDJ* t. XLVIII, sec. 1ª p. 75. Un interesante comentario sobre la jurisprudencia anterior *cfr.* FONTECILLA, Mariano, “Poder: imperativo y facultativo, apreciación de la prueba en conciencia” en *RDJ*, t. LVIII, 1960, pp. 155-156. En igual orientación, CS, 16 de mayo de 1979, RFM N° 246, p. 113; CS, 4 de diciembre de 1989, *RDJ*, t. XXCVI, sec. 1ª, p. 117.

²⁷ C. de Ap. de San Miguel, 25 de julio de 2011, LP 50616.

²⁸ CS, 18 de junio de 2008, Rol N° 1714-2008, LP 39269. En igual sentido, se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en fallo de 13 de abril de 2011, estableciendo que “(...) la ponderación en conciencia de la prueba no autoriza al juez para que, apartándose del mérito del proceso, desconozca el valor de convicción que emana de la prueba rendida en los autos” (C. de Ap. de Antofagasta, 13 de abril de 2011, Rol N° 27-2011, LP 48675).

ciendo: “3º) Que, la petición (...) de la apelante, en orden a que no se encuentra probado con los medios legales la existencia de perjuicios, a juicio de estos sentenciadores, debe ser desestimada por cuanto, con las probanzas allegadas al proceso y consignadas por el juez de la instancia, apreciadas en conciencia, se encuentra claramente comprobado que se vulneraron gravemente normas estatutarias de la sociedad, como también normas legales y reglamentarias previstas para una sociedad anónima y que dicen relación con la administración y el funcionamiento del directorio de la sociedad, habiéndose producido una pérdida o la *afectio societatis*. Es así, que se determinó que, el directorio provisorio establecido en la escritura social, nunca sesionó ni cumplió las funciones que le correspondían, infringiendo sus obligaciones relativas a hacerse cargo de la administración de la sociedad quedando los intereses de los socios en abandono y entregados solamente al actuar del gerente general e incluso, el socio fundador R.S. incurrió en una delegación de hecho de su calidad de integrante del Directorio, en consecuencia que ello es indelegable, conforme al artículo 39 de la Ley N° 18.046, desatendiéndose de la sociedad, de su calidad de director y de sus funciones, delegando éstas, como se dijo, en el gerente general, en circunstancias que debía supervigilar tales funciones”²⁹.

A diferencia de lo que ocurre con la aplicación del sistema de prueba legal, y en menor medida con la sana crítica, la valoración de la prueba en conciencia determina que la Corte Suprema no puede proceder a revisar o modificar los hechos establecidos por los jueces del fondo a través del recurso de casación en el fondo³⁰.

También la posibilidad de apreciar la prueba en conciencia debe ser vista como una medida para que el juzgador en el proceso de disolución pueda utilizar las denominadas pruebas atípicas³¹ o asignar valor

²⁹ C. de Ap. de Coyhaique, 17 de junio de 2011, Rol 53-2011, LP 50082. En la misma sentencia, de un modo particular, se señala, “que, aparte de lo anterior, como lo señaló la juez del grado, se estableció, en el expediente, que el árbitro arbitrador, que actuó en la causa 18.584, tenida a la vista, rechazó en todas sus partes la cuenta presentada por el gerente general de la sociedad, J.S. quien no cumplió adecuadamente su función en la administración de la sociedad, no llevando cuentas claras y con respaldo, pudiéndose constatar, del documento agregado de fojas 1 a 5, que el árbitro arbitrador, Cristián Arias Rebolledo, contador público y auditor, resolvió rechazar totalmente la rendición de cuentas entregada por el anterior ‘debido a que la documentación en su mayoría da para serios cuestionamientos tributarios, contables e incluso éticos’, agregando luego, que ‘la contabilidad de esta sociedad no es fidedigna ya que los balances y los libros mayores y diarios no reflejan en ninguna forma el pago de gastos por la no existencia de la cuenta banco’. Que, a lo expuesto precedentemente debe agregarse, como también lo determinó la sentenciadora, que el bien raíz aportado por el socio demandante fue, incluso, sacado a remate por la Tesorería Regional por el no pago de las contribuciones adeudadas desde el año 2005 al año 2009, debiendo el demandante proceder a su pago con su peculio, lo que deja en evidencia una inapropiada, desacertada e irregular gestión por parte del gerente general”.

³⁰ En tal sentido, CS, 27 de agosto de 2002, Rol 904-2001, LP 25697.

³¹ Sobre el tema, BARBOSA MOREIRA, Juan Carlos, “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, en *RDJ*, N° 3, 1999, pp. 539-552.

al comportamiento de las partes³², especialmente, en la observancia del principio de la buena fe³³.

V. EFECTOS DE LA SENTENCIA

La sentencia que declara la disolución, una vez que queda firme, produce efectos respecto de las partes y también respecto de terceros, dando comienzo a la etapa de liquidación³⁴. Esto significa que su eficacia se extiende a los socios no demandantes y los acreedores de la sociedad.

En relación a las partes esto se explica dentro de los efectos de la cosa juzgada. En cambio para los terceros ello se justifica dentro de la temática de la sentencia judicial y su comportamiento como un *hecho jurídico*. Ella, en general, dice relación cierto tipo de terceros que son alcanzados por los efectos de la declaración de condena, declarativa o constitutiva que produce toda sentencia judicial³⁵. Como lo explica Grande, “no todos los terceros se hallan en la misma situación frente al proceso seguido *inter alios*, sino que, en función de la conexión existente entre su situación jurídica y la deducida por las partes en el proceso, la decisión que en éste se adopte puede repercutir de modo más o menos intenso en aquélla, lo que permite encuadrarlos en distintas categorías”³⁶.

A partir de esta realidad comienza la actuación del liquidador, que es un mandatario de la sociedad, no a los socios, quienes carecen de todo derecho para actuar en su nombre. Esto se explica porque el patrimonio social, no obstante la declaración de disolución, sigue perteneciendo a la sociedad.

Por su lado, el Directorio en ejercicio, una vez ocurrido lo anterior, debe hacer tomar nota al margen de la inscripción social y de publicar por una vez en el Diario Oficial un aviso que comunique la disolución (art. 108 inc. 2° LSA)³⁷.

³² En tal sentido, CS, 8 de enero de 2010, Rol: 4934-09, MJJ23192.

³³ Sobre el alcance de este principio, *cf.* BOETSCH GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 39-85.

³⁴ Para evitar pérdidas de tiempo, la demanda de disolución debe solicitar en su petitorio que el juez o árbitro designe al liquidador, conforme a lo dispuesto en el pacto social.

³⁵ Sobre el tema, *cf.* CARPI, Federico, *La eficacia “ultra partes” de la sentencia civil*, Lima: La Palestra, tr. J.J. Monroy Palacios, 2007, p. 40.

³⁶ GRANDE SEARA, Pablo, *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Valencia: Tirant, 2008, p. 27.

³⁷ Conforme al art. 109 de la LSA “la sociedad anónima disuelta subsiste como persona jurídica para los efectos de su liquidación, quedando vigentes sus estatutos en lo que fuere pertinente. En este caso, deberá agregar a su nombre o razón social las palabras “en liquidación”. “Durante la liquidación, la sociedad sólo podrá ejecutar los actos y celebrar los contratos que tiendan directamente a facilitarla, no pudiendo en caso alguno continuar con la explotación del giro social. Sin perjuicio de lo anterior, se entenderá que la sociedad puede efectuar operaciones ocasionales o transitorias de giro, a fin de lograr la mejor realización de los bienes sociales”.

VI. LOS EQUIVALENTES JURISDICCIONALES

El hecho que la ley reserve la declaración de disolución a la sentencia definitiva firme y ejecutoriada, determina que en este tipo de procesos no es posible que concluyan mediante un equivalente jurisdiccional.

Lo anterior se entiende por la singularidad que reviste la sentencia constitutiva, al crear un estado jurídico que no existía con anterioridad a la declaración judicial.

Avala lo anterior la doctrina sentada por la Corte Suprema, en sentencia de 29 de enero de 2009, cuando expone que “(...) la ‘sentencia definitiva estimatoria constitutiva civil es aquella por la cual el tribunal, estimando fundada la pretensión extraprocésal, crea, modifica o extingue una situación jurídica’, ‘estas pretensiones procesales se llaman constitutivas porque en los tres casos se solicita, en último término, una constitución’, la creación de un estado de cosas inexistentes, puesto que ‘si se pide que se modifique una situación, se está reclamando la creación de una nueva en cuanto la anterior sea modificada; si se pide la extinción, se reclama, aunque indirectamente, la constitución de un nuevo estado de cosas’, como por ejemplo si se pide la legitimación de un hijo, la impugnación de la paternidad, la nulidad de un contrato y la prescripción adquisitiva, se dan generalmente cuando el sujeto activo de la pretensión no puede obtener satisfacción de parte del sujeto pasivo de ella, sino por medio de una sentencia del juez. Goldschmidt señala que ‘la acción constitutiva es el tipo de una acción sin derecho’, pero lo cierto es que ello puede ser dudoso, por cuanto precisamente es el reconocimiento de un derecho el que lleva a una decisión favorable a los intereses del actor. Lo que ocurre es que por medio de tal sentencia se está creando o interviniendo una situación jurídica que el Derecho no reconocía, por lo que le reserva a los tribunales este poder por consideraciones de seguridad jurídica, cuando una pretensión legítima ha sido infundadamente resistida (...)”³⁸.

También impide la actuación de un equivalente jurisdiccional la circunstancia que la disolución sea una sanción jurídica. A diferencia de la extinción que pueden acordar los socios en la respectiva junta extraordinaria (conforme al art. 103 N° 3 de la LSA), la que resulta del ejercicio de una acción judicial sólo puede ser declarada por el juez o árbitro, que ha sido llamado por la ley a verificar la procedencia o improcedencia de la extinción de la personalidad jurídica en una sentencia sobre el fondo del conflicto³⁹.

³⁸ En tal sentido, la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 28 de enero de 2009, ha declarado que “(...) la conciliación sólo ha podido surtir efecto entre las partes que han concurrido a ella y, por lo mismo no puede haberlos producido y, por ende, afectar derechos y garantías constituidos a favor de terceros (...)” (CS, 29 de enero de 2009, Rol: 7032-07, MJ 19451).

³⁹ En nuestra jurisprudencia esto ha sido objeto de análisis en el voto de minoría de la sentencia de CS, de 31 de agosto de 2009, en los autos relativos a la colusión entre algunas farmacias (Rol: 3349-09, MJ20862). En esa oportunidad la Ministro Sra. Aranedo, señaló: “2°)

Asimismo, la necesidad de pronunciar una sentencia debe ser vista como una medida para asegurar a los terceros la seriedad de una declaración cuyos efectos les alcanzará indefectiblemente.

Ni siquiera una conciliación judicial puede soslayar la necesidad del fallo, atendido que en este tipo de actos también existe la obligación de velar por los derechos de los terceros⁴⁰.

Aunque no es técnicamente un equivalente jurisdiccional, tampoco el allanamiento de los demandados podría producir el efecto de extinguir a la sociedad anónima. Si se acepta la pretensión contraria por los demandados, el juez debe proceder a dictar sentencia.

VII. LA POSIBILIDAD DE ACUMULAR ACCIONES

La acción de disolución puede ser acumulada en una misma demanda a otras acciones que se intenten contra los directores, para hacer efectiva su responsabilidad civil. Todo ello conforme a las exigencias de los artículos 17 y 18 del CPC.

Cada acción acumulada tiene una causa de pedir autónoma, aunque indudablemente se presenten elementos de conexión entre ellas. Es indudable que las infracciones graves que justifican la disolución pueden contener elementos fácticos y jurídicos que también pueden servir de base para hacer efectiva la responsabilidad de los directores al mismo tiempo que declarar la extinción de la sociedad anónima cerrada.

Que al decir de un autor los equivalentes jurisdiccionales 'son actos procesales destinados a resolver ciertos conflictos de interés de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada' (Juan Colombo Campbell, *Los Actos Procesales*, Tomo II). Considera que para determinar la procedencia de tales equivalentes jurisdiccionales 'se distingue por la ley entre conflictos de intereses de relevancia jurídica que versen sobre derechos disponibles por las partes y aquéllos que involucran el orden público o un derecho público comprometido. Sólo los primeros podrán solucionarse a través de los equivalentes jurisdiccionales. Todos los demás deberán emplear el proceso jurisdiccional como forma de solución'. En este orden de ideas, la conciliación es un equivalente jurisdiccional o procesal en cuanto evita la continuación del juicio. Y es una de sus principales características que 'sólo puede referirse a litigios en que sea procedente la autocomposición, o sea en aquéllos en que los derechos discutibles sean disponibles' (obra citada). 3º) Que debe determinarse la pertenencia de la aplicación de este equivalente jurisdiccional en el procedimiento antimonopólico contemplado en el Decreto Ley Nº 211 y para ello, acudiendo a la historia fidedigna de la ley, cabe señalar que según consta en el informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, se escuchó la opinión de don Domingo Valdés Prieto, profesor de Derecho Económico, quien sostuvo que al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con motivo de su competencia especial, le debía dirimir conflictos que son siempre de orden público, razón por la que corresponde a la Fiscalía Nacional Económica llevar adelante las acusaciones. Por ello estimaba errado admitir la conciliación, institución que siempre implica la transacción de intereses privados. El mencionado catedrático en su obra 'Libre Competencia y Monopolio' (Editorial Jurídica, Edición Junio 2006) afirma que 'las pretensiones antimonopólicas nunca miran exclusivamente el interés individual de las partes intervinientes... ' y que 'la libre competencia no es un bien disponible y transigible por las partes en litigio' (obra citada, páginas 591 y 592)".

⁴⁰ CS, 28 de enero de 2009, Rol: 110-06, MJ 16441.

Lo anterior ha sido reconocido en la sentencia de la CS, de 27 de agosto de 2002, al declarar que la falta de información proporcionada al accionista minoritario y fiscalización en la administración, ha llevado a una situación de abuso de los socios de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios que amerita no sólo disolver la sociedad, sino que también a perseguir las responsabilidades de que trata el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas⁴¹.

Ahora, al tratarse de acciones autónomas pero conexas, también es factible que se pueda rechazar la de disolución y se admita la de responsabilidad civil contra los directores. Esto se podría dar, por ejemplo, si se estima que no existió la gravedad que exige la ley para la extinción de la personalidad jurídica, pero si se dan los elementos de la responsabilidad civil de los directores.

Esta posible disociación en el resultado de las acciones acumuladas, que se viene explicando, se entiende por la separación que existe entre actos societarios y los personales de los directores. En tal sentido, como lo sintetiza una sentencia arbitral de 6 de abril de 2010, "(...) de acuerdo con lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia, el solo hecho de que una persona natural sea representante legal o administradora de una sociedad, no supone que los actos cometidos por aquélla sean imputables per se a esta última, sino solo en la medida que el representante o administrador haya actuado en ejercicio de sus funciones o de un poder autónomo de decisión capaz de comprometer a la sociedad" (Barros, Enrique (2007): Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, pp. 194, 195 y 199; Corte de Apelaciones de La Serena, 26 de diciembre de 2008, Legal Publishing N° 41386)⁴².

⁴¹ CS, de 27 de agosto de 2002, Rol 904-2001, LP 25697.

⁴² En tal sentido, Sentencia de 6 de abril de 2010, pronunciada por el árbitro Max Letelier B. (Tomo V, *Sentencias Arbitrales CAM Santiago*, Rol N° 803-2007).

EL EJERCICIO INDIVIDUAL DEL COMERCIO CON RESPONSABILIDAD LIMITADA. EMPRESARIO INDIVIDUAL Y SOCIEDAD UNIPERSONAL*

JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

I. LA RESPONSABILIDAD LIMITADA Y EL EJERCICIO INDIVIDUAL DEL COMERCIO¹

Díez-Picazo afirma que “la responsabilidad es la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor. Es el poder de exigir coactivamente el cumplimiento o el poder de acometer la ejecución forzosa o de iniciar una agresión contra la persona o contra los bienes, o solo, contra los bienes, del deudor, así como la sujeción consistente en la necesidad de soportar la ejecución o agresión”².

La responsabilidad implica que la persona deudora soporta las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones pecuniarias y facilita la realización del derecho de sus acreedores. En el tráfico jurídico la norma

* Trabajo realizado en el marco del Programa I+D “Los derechos de los socios ante los nuevos retos del derecho de sociedades”, DER 2010-17798/JURI, Ministerio de Educación y Ciencia.

¹ Abreviaturas utilizadas:

BOCG – Boletín Oficial de las Cortes Generales.

CEE – Comisión Económica Europea.

C.c – Código civil.

C.com. – Código de Comercio.

EIRL – Empresario o Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

€ – Euros.

LSA – Ley de Sociedades Anónimas (derogada).

LSC – Ley de Sociedades de Capital.

LSRL – Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (derogada).

SA – Sociedad Anónima.

SLNE – Sociedad Limitada Nueva Empresa.

SRL – Sociedad de Responsabilidad Limitada.

SU – Sociedad Unipersonal.

² *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, 2ª ed., Vol. I, p. 341.

que otorga mayor seguridad es la que establece la responsabilidad patrimonial ilimitada del deudor.

En el Derecho español imperan los principios de *unicidad e indivisibilidad del patrimonio*, es decir, sólo puede existir un patrimonio por persona física o jurídica. Se entiende que toda persona, por lo menos potencialmente, tiene un patrimonio, unos bienes que respaldan su capacidad de obrar y su responsabilidad. En virtud del artículo 1911 del Código civil español el patrimonio es indivisible para todos los efectos derivados del incumplimiento de las obligaciones. Si bien existe por razones humanitarias un mínimo de bienes inembargables (art. 525 C.c. español).

La persona física que ejerce el comercio o empresario individual asume el riesgo de sus pérdidas con todo su patrimonio presente y futuro (art. 1911 C.c. español), por tanto su responsabilidad es ilimitada, dado que ninguno de sus bienes queda exento de responder de sus obligaciones (principio de la garantía universal del patrimonio de un sujeto por todas sus obligaciones o deudas).

La sociedad o empresario social es titular de un patrimonio propio, que se forma por las aportaciones de los socios, pero que es distinto de los bienes particulares de estos, y que responde ilimitadamente de las deudas sociales. La sociedad responde de sus obligaciones con su patrimonio y los socios de sus obligaciones con el suyo, pero en las sociedades colectivas y comanditarias los socios colectivos responden subsidiariamente de las deudas sociales (arts. 127, 134, 135, 148 y 237 del C.com. español).

En España la mayoría de la doctrina mercantil consideró idóneo y justo dar la oportunidad a las personas emprendedoras de realizar una actividad económica sin asumir un riesgo personal demasiado elevado. Por tanto, propuso permitir que una persona física ejerciera el comercio con el beneficio de la responsabilidad limitada. Pero fue la incorporación de España a la Comunidad Europea y la aprobación por su Consejo, el 21 de diciembre de 1989, de la Duodécima Directiva relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (89/667/CEE), lo que permitió lograr dicho propósito.

Para lograr que una sola persona pueda ejercer el comercio con el beneficio de la responsabilidad limitada, la citada Directiva ofreció a los legisladores de los Estados miembros de la Unión Europea una opción: la sociedad unipersonal y el empresario individual de responsabilidad limitada.

II. LA OPCIÓN DE LOS LEGISLADORES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA PARA REGULAR EL EJERCICIO INDIVIDUAL DEL COMERCIO CON EL BENEFICIO DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

Para lograr que una persona ejercite el comercio con responsabilidad limitada existen dos sistemas y tres instrumentos jurídicos.

Los sistemas son: 1^a. El patrimonio separado o afecto a la explotación de la empresa, es decir, afectación de una parte del patrimonio del empresario a los riesgos del negocio; 2^a. La creación de un nuevo sujeto de Derecho con su patrimonio.

Los instrumentos jurídicos son: 1^o. La empresa individual de responsabilidad limitada. 2^o. La sociedad de responsabilidad limitada con un solo socio³. 3^o. La sociedad anónima unipersonal.

1. EL PATRIMONIO SEPARADO O AFECTO A LA EXPLOTACIÓN DE LA EMPRESA

El sistema del *patrimonio separado* o patrimonio de afectación, consiste en constituir con una parte de los bienes que componen el conjunto del patrimonio de un sujeto, un grupo de bienes independiente sobre el que determinados créditos pueden ejecutarse.

El patrimonio separado es un patrimonio destinado o afecto a un fin u objeto particularmente determinado, una masa especial de patrimonio que garantiza específica y preferentemente determinados créditos o los de algunas categorías de acreedores, sin que desaparezca la garantía genérica ofrecida por el patrimonio personal del titular. El patrimonio separado es un núcleo o parte de los bienes y relaciones del patrimonio general, diferenciado por su función o destino específico.

El criterio diferenciador entre el patrimonio general y el patrimonio separado es que este último está sujeto a una responsabilidad por razón de sus propias deudas. El patrimonio separado es autónomo aunque tenga el mismo titular que el patrimonio general. Existen dos masas patrimoniales pertenecientes a un mismo titular. Dichas masas patrimoniales estarán perfectamente diferenciadas de tal manera que cada acreedor sepa contra qué masa debe dirigirse.

En este caso la persona dedicada a una actividad comercial tendría dos patrimonios, el personal y el comercial. El patrimonio personal será el de la persona física como sujeto civil y el patrimonio separado sería el del comerciante o el afecto al comercio. Este último responde de las deudas nacidas de la actividad comercial. Se tendrá que velar por la autosuficiencia de cada patrimonio para hacer frente a sus propias obligaciones. También debe garantizarse la transparencia de los patrimonios e impedir que los beneficios o pérdidas de uno repercutan sobre el otro. Habría una línea infranqueable de demarcación que supone recíprocamente una limitación de la responsabilidad.

La forma de limitar la responsabilidad consiste en determinar específicamente los bienes que responden de las consecuencias de la actividad

³ En España puede tratarse de una sociedad de responsabilidad "general" o una sociedad limitada especial o sociedad limitada nueva empresa (véanse los artículos 12, 434 y 438 de la LSC).

de la empresa, y los que quedan excluidos de sus consecuencias. El patrimonio personal será inatacable por las deudas nacidas de la explotación de la empresa.

La utilización de este sistema para limitar la responsabilidad puede plantear el problema del excesivo fraccionamiento del patrimonio de una persona y de la autosuficiencia de cada patrimonio. La idea de una persona con dos o más patrimonios, o más concretamente de un empresario con dos o más patrimonios, repele a muchos juristas y legisladores.

Para este sistema se utiliza el instrumento jurídico de la empresa individual de responsabilidad limitada que consiste en un patrimonio empresarial de afectación al comercio, es decir, un patrimonio separado del personal del sujeto o individuo, y con un destino concreto por razón de la afectación.

La empresa individual de responsabilidad limitada no ha sido adoptada por España.⁴

2. LA CREACIÓN DE UN TITULAR JURÍDICO O UN NUEVO SUJETO DE DERECHO

El segundo sistema o técnica para lograr el ejercicio individual del comercio con el beneficio de la responsabilidad limitada es la creación de un nuevo sujeto de Derecho. Es decir, que una sola persona física cree una persona jurídica con responsabilidad limitada.

España, al igual que la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea⁵, se decidió por la sociedad unipersonal y de esta forma no ha sido necesario crear una nueva forma jurídica, sino adaptar algunas normas del régimen de la sociedad de responsabilidad limitada y de la sociedad anónima que permiten su constitución y funcionamiento unipersonal.

El auge de las estructuras societarias y su mayor y mejor regulación ha relegado en toda Europa a la empresa individual a un segundo plano. Quizá en esta elección también influye el amplio conocimiento que ahora se tiene de la forma societaria; el conocimiento de las garantías y

⁴ Se adoptó por Portugal (Decreto-Ley N° 248/86, de 25 de agosto de 1986, sobre el establecimiento individual de responsabilidad limitada – solución preferible por fidelidad a la idea de sociedad-contrato), pues el artículo 7 de la Duodécima Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, permitía a los Estados miembros no admitir la sociedad unipersonal cuando su legislación permitiera a los empresarios individuales la posibilidad de constituir empresas de responsabilidad limitada.

Este año Francia ha aprobado la Loi núm. 2010-658 du 15 juin 2010 relative a l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (Journal Officiel de la République française núm- 0137). Véase SAINTOURRENS, B., "L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Commentaire de la Loi N° 20010-658 du 15 juin 2010", *Revue des sociétés*, septiembre 2010, pp. 357 y ss., y GONZÁLEZ GARCÍA, S., "Aprobación en Francia de la Ley sobre el Empresario individual con responsabilidad limitada", *RdS*, 2011, N° 35, pp. 583 y 584.

⁵ Alemania en 1980, Francia en 1985, Bélgica en 1987.

la protección para los socios y los terceros que se logran con esta figura, frente a novedades de las cuales se desconoce su eficacia.

De entre las sociedades unipersonales, la preferencia por el tipo societario “sociedad de responsabilidad limitada” se debe a que la sociedad de responsabilidad limitada es considerada el modelo de sociedad de capital más cercano a las exigencias de los nuevos empresarios y de las pequeñas y medianas empresas.

La diferencia esencial entre el patrimonio afecto a una actividad comercial y la sociedad unipersonal es que el primero no tiene personalidad jurídica mientras que la segunda sí. El patrimonio afecto no podrá ser organizado con el mismo rigor que la sociedad unipersonal. La sociedad dotada de personalidad jurídica ofrece soluciones a problemas que no puede resolver el empresario individual.

Ahora bien, debemos destacar que en Chile la EIRL si está dotada de personalidad jurídica, como dispone el artículo 2 de la Ley N° 19857, de 11 de febrero de 2003, por la que se autoriza el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, pues establece que “*la empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular (...)*”.

Desde el punto de vista de la limitación de la responsabilidad, la diferencia entre las dos figuras descritas no tiene consecuencias, pues con las dos se logrará el beneficio de la responsabilidad limitada y, por tanto, pueden animar a invertir en el desarrollo de una actividad económica y fomentar la creación de pequeñas y medianas empresas.

También se logra evitar la confusión de patrimonios en el ejercicio de la actividad comercial, los inconvenientes de pensar que el funcionamiento de la empresa es en interés propio y la utilización de sociedades de favor o simuladas, pues estamos ante figuras jurídicas transparentes.

III. LA POSIBILIDAD EN ESPAÑA DEL EJERCICIO INDIVIDUAL DEL COMERCIO CON EL BENEFICIO DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA

En España, desde la Ley N° 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, la persona que quiere ejercer el comercio individualmente con el beneficio de la responsabilidad limitada puede constituir una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada o una sociedad anónima unipersonal⁶.

La Ley N° 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa (SLNE), que modificó la Ley N° 2/1995, introdujo una especialidad de la

⁶ La disposición adicional 2ª de la LSRL modificó la LSA y admitió la SA unipersonal con remisión al régimen de la SRL unipersonal.

sociedad de responsabilidad limitada (art. 434 LSC), la sociedad limitada nueva empresa, que también puede ser unipersonal (art. 438 LSC).

En mayo de 2008 se presentó por el Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana –Izquierda Unida– Iniciativa per Catalunya Verds una proposición de Ley para regular el empresario individual de responsabilidad limitada⁷, pero no prosperó.

Hoy la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010⁸ regula en sus artículos 12 a 17 las sociedades unipersonales y en los artículos 434 a 454 la sociedad nueva empresa, pero a esta última le son aplicables las normas sobre SRL unipersonal en lo que no contradigan los citados artículos, pues se trata de una especialidad de la SRL.

Las características principales de la sociedad unipersonal (SA o SRL) son: 1ª. La sociedad puede ser constituida por una sola persona física o jurídica o devenir unipersonal [art. 12. a) LSC]. 2ª. Es necesaria la publicidad de la unipersonalidad originaria o devenida (art. 12 LSC). 3ª. Pérdida del beneficio de la responsabilidad limitada si transcurren seis meses y no se ha inscrito la unipersonalidad en el RM. El socio pasa a responder de las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad de manera personal, ilimitada y solidariamente con la sociedad (art. 14 LSC). 4ª. Inscrita la unipersonalidad, el socio no responde de las deudas contraídas con posterioridad (art. 14. 2 LSC). 5ª. Es posible la contratación del socio único con la SU siempre que el contrato conste por escrito o de forma documental legalmente exigida (art. 16 LSC), se transcriba en el libro registro de acuerdos y se haga referencia expresa e individualizada al contrato o contratos en la memoria anual⁹.

En caso de confusión de los patrimonios es aplicable la doctrina del levantamiento del velo.

La sociedad nueva empresa unipersonal se caracteriza por eliminar los obstáculos para lograr su constitución en 24 horas. Para ello se dispone: 1. Su constitución por medios telemáticos (art. 439LSC)¹⁰, aunque solo por personas físicas (art. 437 LSC)¹¹. 2. Su denominación social se compone de los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores más un código alfanumérico (único e inequívoco) y las siglas SLNE (art. 435 LSC).

⁷ BOCG-Congreso de los Diputados, IX Legislatura., Serie B, 23 de mayo de 2008, núm. 107-1.

⁸ Véase el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Esta Ley deroga la LSA y la LSRL y el Código de comercio en lo relativo a la sociedad comanditaria por acciones. La Ley de Sociedades de Capital ha sufrido varias modificaciones. La última el pasado agosto.

⁹ En caso de concurso no son oponibles a la masa activa los contratos no transcritos en el libro registro y referenciados en la memoria o en la memoria no depositada (art. 16. 2). En el plazo de dos años a contar desde la fecha de celebración de los contratos, el socio responde frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de la sociedad como consecuencia de los contratos (art. 16. 3).

¹⁰ También es posible la constitución presencial.

¹¹ Inicialmente no más de cinco socios.

3. Posibilidad de cualquier objeto social sin necesidad de determinación en los estatutos (art. 436 LSC).

Pero en la SLNE existen limitaciones relacionadas con la unipersonalidad, pues si la persona física que desea constituir la SLNE ya ostenta la condición de socio único de otra SLNE, no podrá crear esta nueva sociedad (art. 438 LSC)¹². Podrá ser socio único de una SA o SRL, pero no de otra SLNE.

El legislador español no estableció ni para la sociedad unipersonal de responsabilidad “general”, ni para la sociedad anónima unipersonal limitaciones a la condición de socio único. Por tanto, nada impide que una persona jurídica sea socio único de más de una sociedad de responsabilidad limitada y que pueda formarse una cadena de sociedades unipersonales o crearse grupos de sociedades siendo muchas de ellas unipersonales. También es posible que una persona física sea socio único de varias sociedades unipersonales anónimas o de responsabilidad limitada.

En la SLNE la limitación legal de constitución de una sola sociedad unipersonal de ese tipo no tiene una justificación convincente, aunque parece que el legislador la impone por entender que la unipersonalidad incrementa los riesgos de confusión de patrimonios y abuso, por parte del socio único o para evitar la falta de claridad en la realización de algunas operaciones. Parece tener presente que el fraccionamiento excesivo del patrimonio de un sujeto provoca una disminución de garantías e incluso favorece la realización fraudulenta de actividades comerciales, lo que puede ocasionar la reducción de garantías para con los acreedores. Resulta coherente con este propósito prohibir que el mismo sujeto pueda valerse más de una vez del beneficio de la responsabilidad limitada. Se trataría de una limitación de la acumulación del uso de la forma SLNE y no de una limitación en la elección¹³.

Existe la imposibilidad de ejercer el comercio utilizando la forma SLNE unipersonal más de una vez. Pero nada impide que se realice la actividad mercantil utilizando otras formas jurídicas. La misma persona puede desarrollar otra u otras actividades en un número ilimitado de sociedades de otro tipo. Incluso no existe ningún inconveniente en que el socio único de una sociedad limitada nueva empresa sea también socio único de una o varias sociedades unipersonales anónimas o de responsabilidad limitada.

Los razones del escaso éxito de la SLNE son, en primer lugar, que a los emprendedores no les gusta utilizar su nombre para la denominación social; el desembolso del capital social debe realizarse mediante aportacio-

¹² No podrán ser SNE unipersonal la segunda y ulteriores sociedades de carácter unipersonal que pretenda constituir una misma persona física.

¹³ Esta limitación pudiera parecer contraria al derecho de libertad de empresa (art. 38 CE), salvo si está justificada en un interés público. Pero no es contraria a la Constitución Española porque la limitación se refiere a ser socio único, a una forma de estar constituida la sociedad, y esto no es una limitación a la libertad de empresa.

nes dinerarias (art. 443. 2 LSC)¹⁴; la transmisión de participaciones sólo es posible a personas físicas (art. 444. 2 LSC)¹⁵; no es posible el Consejo de administración (art. 447 LSC) y el administrador debe ser socio (art. 448. 1 LSC); las modificaciones estatutarias que son posibles están limitadas a la denominación y al domicilio; el capital social sólo se puede modificar con limitaciones (art. 450 LSC).

La constitución telemática de las sociedades de capital disminuye aún más la utilidad de este tipo de sociedad.¹⁶

No existe ninguna diferencia respecto al modo de actuar en el tráfico jurídico, entre una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada y una sociedad nueva empresa unipersonal, pero esta última debe respetar las peculiaridades de su régimen jurídico.

IV. ELECCIÓN ENTRE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y SOCIEDAD UNIPERSONAL

La admisión de la limitación de la responsabilidad en el ejercicio individual del comercio es una cuestión zanjada tanto en el Derecho Comunitario como en el Derecho español y en el Derecho chileno.

Tanto la SU como la EIRL habilitan a la persona física a romper el principio de responsabilidad patrimonial universal y permiten el beneficio legal de la limitación de responsabilidad a ciertos bienes afectos a la actividad empresarial.¹⁷

Pero mientras que en algunos países, como España, solo se admite la sociedad unipersonal, en otros como Portugal, Francia, Chile, etc., es posible la coexistencia de empresarios individuales de responsabilidad limitada y sociedades unipersonales. Por ello nos interesa conocer las ventajas entre uno y otra, así como los motivos jurídicos que pueden llevar a la elección de una u otra fórmula. Compararemos la EIRL chilena con la sociedad unipersonal por acciones chilena, aunque, por ser muy parca su regulación, haremos referencia en algunas cuestiones a otros ordenamientos jurídicos.¹⁸

¹⁴ El capital social no puede ser ni inferior a 3.000€ ni superior a 120.202€.

¹⁵ Si se adquieren por persona jurídica habrá que enajenarlas o someterse a las normas de la SRL general.

¹⁶ Véase la Instrucción de 18 de mayo de 2011 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General, dictada en aplicación del Real Decreto-Ley N° 13/2010, de 3 diciembre.

¹⁷ Véase, por ejemplo, los artículos 8 de Ley N° 19857 y 429 del C.com. chilenos.

¹⁸ Dejamos al margen las ventajas fiscales, pues algunos Ordenamientos jurídicos pueden favorecer la utilización de una u otra figura jurídica mediante un régimen fiscal más beneficioso. También dejamos de lado los problemas económicos, como pueden ser las dificultades de obtención de crédito y las garantías suplementarias que se le puedan exigir al empresario individual o a la SU.

En algunos países ha existido o existe un problema dogmático para admitir la sociedad unipersonal, pues aunque para un sector doctrinal con la sociedad unipersonal hay un nuevo concepto de sociedad institucional u organizativo, técnica de adscripción de bienes a un fin gestionado por una forma institucional y no un contrato¹⁹, para otro la sociedad unipersonal es una *contradictio in adjecto*.²⁰

La instauración de la sociedad unipersonal en España propició un concepto institucional de la sociedad. La sociedad deja de ser necesariamente un acuerdo de voluntades para convertirse en una técnica de adscripción de bienes a un fin gestionado por una forma institucional. La reforma de nuestro Ordenamiento jurídico afectó a las bases contractuales de la sociedad, pues queda superado el presupuesto contractual de la misma, y éste es sustituido o es compatible con el negocio jurídico unilateral (acto perfecto y productor de todos los efectos) creador de sociedades.

En todo caso, la utilización masiva en España de la SU ha hecho olvidar los problemas dogmáticos y las reticencias sobre el uso abusivo de la misma.

Ahora bien, cuando un Ordenamiento jurídico admite tanto la EIRL como la SU; ¿qué ventajas o inconvenientes existen para elegir un mecanismo u otro para ejercitar individualmente la actividad comercial con el beneficio de la responsabilidad limitada? Podemos tener en consideración varias cuestiones.

En primer lugar, respecto a los sujetos que pueden beneficiarse individualmente de la limitación de la responsabilidad existe una gran ventaja por parte de la SU, puesto que pueden constituirla tanto personas físicas como personas jurídicas, mientras que el empresario individual es una persona física.²¹

En segundo lugar, la EIRL puede ejercitar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por Ley a las sociedades anónimas²², si bien habrá que diferenciar entre la actividad del sujeto que corresponde al tráfico empresarial y al personal. En la escritura debe constar la actividad económica que constituirá el objeto o giro de la empresa y el ramo específico en el que se desarrollará²³. Mientras que en

¹⁹ Francia modificó la definición de sociedad en su Código de Comercio, pero España no.

²⁰ Esta preocupación se observa en las normas chilenas sobre sociedad unipersonal, pues se utilizan los términos "acto de constitución perfeccionado" (art. 424 C.com), "acto de constitución social escrito, inscrito y publicado" (art. 425 C.com) e "instrumento de constitución" (art. 426 C.com).

²¹ Véanse los artículos 1 de la L. 19857 chilena y 424 del Código de Comercio de Chile.

²² El artículo 2 de la L. 19857 chilena.

²³ El artículo 4 c) de la L. 19857 chilena.

la SU los estatutos sociales deberán expresar el objeto de la sociedad, que será siempre considerado mercantil^{24,25}.

En ambas figuras la determinación del objeto de la empresa o de la sociedad permite saber si el empresario individual o el socio único sufren la pérdida del beneficio de la responsabilidad limitada, por confundir su actividad personal con la empresarial o se producen los incumplimientos que legalmente conllevan dicha pérdida²⁶.

Respecto a la publicidad de su creación tanto la SU como el EIRL deben inscribirse en un registro público²⁷. Si bien hay países, como Francia, en los que la inscripción del empresario no es obligatoria, pero si lo es la declaración de afectación de los bienes a la actividad empresarial. La inscripción del empresario individual es obligatoria si se quiere obtener el beneficio de la responsabilidad limitada. La afectación de bienes del empresario a la actividad empresarial es una afectación que requiere publicidad registral. El empresario individual debe realizar la declaración de los bienes, derechos y obligaciones que resultan afectos a la actividad empresarial y que responderán frente a sus acreedores empresariales. El empresario individual debe realizar una declaración de voluntad de aceptación del sistema de la EIRL.

En la denominación de la EIRL aparece identificado el empresario con su nombre y apellidos²⁸, mientras que en la SU se admiten denominaciones de fantasía sin la inclusión del nombre u otra identificación del socio único²⁹. En ambos casos es necesario incluir las siglas, legalmente establecidas, para identificar el tipo social o de empresario. La aparición del nombre y apellidos del empresario en la denominación de la EIRL también puede ser una razón que desaconseja su uso, pues a muchos emprendedores no les gusta dar su nombre a su empresa.

Aunque este no es el caso de Chile, en algunos Ordenamientos jurídicos las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, sean o no unipersonales, tienen fijado un capital mínimo para su constitución, mientras que el EIRL no³⁰. Parecen entender que la SU

²⁴ Véase el artículo 425 N° 2 del Código de Comercio de Chile que permite el objeto genérico de la SPA unipersonal.

²⁵ En España el objeto social de la SU debe enumerar las actividades que lo integran [art. 23 b) LSC], pero la SNE unipersonal es una excepción, pues legalmente hay relación de los objetos a los que se puede dedicar y para facilitar su calificación registral no se exige su determinación (art. 436 LSC). La SNE tiene un objeto social omnicompreensivo.

²⁶ Véanse los artículos 12 de la L. 19857 chilena y 424 del Código de Comercio de Chile.

²⁷ Véanse los artículos 3 de la L. 19857 chilena y 425 y 426 del Código de Comercio de Chile.

²⁸ Véase el artículo 4 de la L. 19857 chilena que exige el nombre del constituyente en la denominación de la EIRL.

²⁹ Véanse los artículos 425 y 426 del C. com chileno.

³⁰ Lo que afirma la Dirección General de los Registros y del Notariado española para admitir la SU en su decisiva y fundamental Resolución de 21 de junio de 1990, se puede aplicar en la disyuntiva entre EIRL- SU, "*...no puede olvidarse que el problema de la responsabilidad es un problema de terceros- les resulta de todo punto indiferente que una sociedad se halle formada por uno o más socios; lo que les interesa es que su capital se dote y publique adecua-*

es un instrumento útil para pequeñas y medianas empresas, mientras que la EIRL está pensada para la creación y supervivencia de microempresas y por ello no imponen a los emprendedores un capital mínimo.

Respecto al funcionamiento de la EIRL y la SU, se ha dado como razón a favor de la primera su mayor flexibilidad frente a la rigidez del funcionamiento de la segunda, al ser su gestión más ágil y menos compleja. Pero podemos considerar un inconveniente: en las EIRL se exige que la administración sea llevada a cabo por el propio empresario impidiéndose por tanto una administración pluripersonal³¹. No hay una disociación de las funciones de gestión, aunque se admite el nombramiento de un gerente.

Sin embargo, en España los que se oponen a la regulación de la EIRL y defienden la SU consideran que ésta tiene una estructura más eficaz para la gestión y el logro del fin social.

En algunos Ordenamientos europeos otra importante ventaja de la SU es la posibilidad de dejar de ser unipersonal con la transmisión de acciones o participaciones a nuevos socios y también la posibilidad de modificación estructural, es decir, se puede fusionar con otras sociedades, escindirse o, lo que puede ser más útil, transformarse en otro tipo social. Por el contrario, a la EIRL no se le permitirán modificaciones estructurales y si quiere transformarse en sociedad debe extinguirse como EIRL³². Pero en Chile la EIRL tiene personalidad jurídica y el artículo 14 *in fine* de la L. 19857 dispone que la EIRL se podrá transformar en una sociedad de cualquier tipo.³³

Finalmente, a favor de la SU también hay que decir que algunos Ordenamientos jurídicos sólo admiten un patrimonio de afectación por persona, mientras que en otros no hay límite respecto al número de sociedades unipersonales que puede constituir una persona. La legislación chilena no dice nada al respecto.

En conclusión, podemos decir que mientras en el Derecho europeo la opción es a favor de la SU, como demuestra la práctica, pues ha resultado un instrumento muy utilizado para la creación de pequeñas empresas y también es utilizada por los grupos de empresas para la creación de filiales y la separación de ramas de la actividad del grupo, en el Derecho chileno la opción no está tan clara. Las razones son dos fundamental-

damente y que se preserve, mediante una estricta observancia de las normas de defensa del capital, para hacer frente a las responsabilidades que la sociedad vaya contrayendo frente a ellos". Lo importantes es que tanto la EIRL como la SU tengan normas sobre la realidad e integridad del capital y sobre el valor y la verificación de las aportaciones.

³¹ Véase el artículo 9 de la L. 19857 chilena.

³² Véase el artículo L526.6 del C. com. francés que no reconoce personalidad jurídica al EIRL y permite la transformación del patrimonio de afectación del EIRL, pues existe una composición obligatoria y composición voluntaria del patrimonio y es posible tanto añadir nuevos bienes como modificar la actividad. El patrimonio afecto también puede ser la aportación a una sociedad o ser cedido a una persona física (L526.6 del C. com. francés).

³³ Respecto a la responsabilidad después de la transformación de la EIRL en sociedad, véase el artículo 16 de la L. 19857 chilena.

mente. La primera que tanto la EIRL y la SU tienen personalidad jurídica y la segunda que la SU en Chile está poco regulada. El legislador chileno tiene claro que la unipersonalidad no es en sí misma causa de disolución de la sociedad (art. 444 C.com.), y que una sola persona puede crear una sociedad unipersonal por acciones (art. 424), pero, de momento, no ha querido regular más a fondo este tipo social.

ALGUNAS NOTAS EN TORNO A LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS PROFESIONALES

ÁNGELA TOSO MILOS

Doctora en Derecho Universidad de Salamanca

Profesora de Derecho Comercial

Universidad Católica del Norte

INTRODUCCIÓN

Las sociedades anónimas deportivas profesionales (en adelante SADP) se encuentran reguladas por la Ley N° 20.019¹ y forman parte de las denominadas “organizaciones deportivas profesionales” enumeradas en el artículo 4 de dicha ley, cuyo objeto exclusivo ha de consistir en “(...) *organizar, producir, comercializar y participar en actividades deportivas de carácter profesional y en otras relacionadas o derivadas de éstas*”². Así, se trata de sociedades anónimas especiales que se encuentran reguladas, en primer término, por lo dispuesto en la Ley N° 20.019 y su reglamento y, supletoriamente, por el régimen aplicable a las sociedades anónimas, dado por lo preceptuado en la Ley N° 18.046 y su normativa de desarrollo³.

* Abogado. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesora de Derecho Comercial, Universidad Católica del Norte, Antofagasta. Correo electrónico: antoso@ucn.cl

¹ Publicada en el Diario Oficial con fecha 07.05.2005. Por su parte, el Reglamento de la Ley N° 20.019 está constituido por el Decreto N° 75, del Ministerio Secretaría General de Gobierno, publicado en el Diario Oficial con fecha 03.08.2006.

² Arts. 1 y 2 Ley N° 20.019. Si bien el objeto establecido para las organizaciones deportivas profesionales en general, y para las SADP en particular, no implica la adscripción a ninguna actividad deportiva específica, dicha normativa tuvo su origen en una moción parlamentaria presentada en su momento por el hoy Presidente Sebastián Piñera, cuya finalidad fue formular una nueva institucionalidad para el fútbol profesional (*Historia de la Ley N° 20.019. Regula las sociedades anónimas deportivas profesionales*, p. 4, disponible en www.bcn.cl [última visita realizada con fecha 20.7.2011]).

³ Salvo lo dispuesto en el art. 14 de la Ley N° 18.046 (art. 23 Ley N° 20.019). Entre las particularidades que presenta este tipo social se cuentan, no sólo su específico objeto y nombre, sino también la exigencia de un capital mínimo para su constitución (art. 13 Ley N° 20.019), así como la de ciertas menciones obligatorias en su instrumento de constitución (art. 17 Ley

En nuestro país, al igual como ocurrió en su momento en Italia, Francia y España, “(...)se constató la inoperatividad de la estructura asociativa tradicional para hacer frente a las exigencias del deporte del nivel profesional, cada vez más necesitado de recursos financieros; lo que se había plasmado en una situación de déficit crónico de los clubes deportivos, a la vez que evidenciaba la impunidad de la conducta de sus directivos, cuando los importantes volúmenes patrimoniales por los mismos gestionados requerían de una mayor responsabilidad y rigor en su actividad”⁴.

Al momento de la elaboración de la Ley N° 20.019 se consideró que, entre las ventajas asociadas a este tipo social, se cuentan la posibilidad que franquea para los clubes deportivos de acceder a nuevos recursos, a través de la integración de nuevos socios y la de lograr un mayor control interno de sus actividades por medio de las juntas de accionistas, auditores externos y la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. En este contexto, la Ley N° 20.019 ha tenido por objeto “(...) establecer un marco regulatorio y una estructura jurídica adecuada que permita a los clubes deportivos constituirse en instituciones modernas y sólidas, administradas de manera eficiente, con mecanismos de control interno y fiscalización externa, que precisamente contribuya a que cumplan de mejor forma con su rol social”⁵.

N° 20.019); la exigencia de contar con una Comisión de Ética o Tribunal del Honor y una Comisión de Auditoría o Revisora de Cuentas (art. 12 Ley N° 20.019); su preceptiva inscripción en el Registro de Organizaciones Deportivas Profesionales (art. 5 Ley N° 20.019); el hecho que los miembros del directorio de una SADP deben garantizar el buen fin económico de la gestión [art. 6 a) L. 20.019]; la existencia de limitaciones para ejercer los derechos de accionista en ciertos casos (art. 21 Ley N° 20.019); la formulación de previsiones especiales aplicables en situaciones de riesgo de insolvencia de la entidad (art. 22 Ley N° 20.019); y, la inclusión de un nuevo supuesto de disolución de la SADP, dado por la disminución de su capital por debajo del capital mínimo (art. 14 Ley N° 20.019), entre otras. Pese al indudable interés que representa el estudio de estas particularidades de la SADP, excederíamos las pretensiones de este trabajo si abordamos cada una de ellas. A este respecto puede consultarse, por ejemplo, en el contexto español, tenido en cuenta en la elaboración de la Ley N° 20.019 (*Historia de la Ley N° 20.019...*, p. 26), a VAREA SANZ, M, *La administración de la sociedad anónima deportiva*, Fundación del Fútbol Profesional, Civitas, Madrid, 1999.

⁴ VAREA SANZ, M, *La administración de la sociedad...*, pp. 38-39. En este mismo sentido y también para el caso español, *vid.* FUERTES LÓPEZ, M., *Asociaciones y sociedades deportivas*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 49.

⁵ *Historia de la Ley N° 20.019...*, pp. 5-6. Actualmente no hay consenso acerca del cumplimiento de dicho objetivo. Ello, especialmente, desde la perspectiva de la opinión pública, que se ha manifestado muchas veces en contra de este tipo social como una solución adecuada para la realidad del deporte nacional y, en particular, del fútbol. A modo de ejemplo, VERGARA ALCAÍNO, J., “Sociedades Anónimas en el Fútbol Chileno, ¿Solución o sólo un negocio?”, diciembre 2009, disponible en www.elobservatodo.cl/admin/render/noticia/15802 (última visita realizada con fecha 20.07.2011). A similares conclusiones se ha llegado, en el caso europeo, por parte algunos autores. Así, por ejemplo, TEROL señala que la forma jurídica de la sociedad anónima ha demostrado ser incapaz de garantizar los niveles de solvencia necesarios (TEROL GÓMEZ, R., “Las aportaciones del Derecho al deporte profesional del siglo XXI”, en AA.VV. *Aportaciones del Derecho al deporte del siglo XXI. I Jornada de Derecho deportivo*, Fundación Deportiva Municipal de Valencia-Ayuntamiento de Valencia-Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 188).

Si bien la Ley N° 20.019 pretende regular la adecuada formación y funcionamiento de las organizaciones deportivas profesionales, y, en particular de las SADP, no considera de manera expresa un aspecto que también ha de asociarse al rol social que juega este tipo de organizaciones. Esta perspectiva consiste en evitar que dichas estructuras sean utilizadas con el objetivo de blanquear capitales o, lo que es lo mismo, lavar activos o dinero⁶.

Dicho enfoque sí ha sido recogido en la Ley N° 20.119⁷, que incorporó como sujetos obligados por las medidas de prevención del lavado de activos en nuestro país, precisamente, a las sociedades anónimas deportivas profesionales. Teniendo ello en cuenta, en la actualidad, las SADP han de satisfacer una serie de obligaciones tendientes a impedir que el blanqueo de capitales se verifique a través de la operativa de estas organizaciones.

En este contexto, el objetivo de nuestro trabajo consiste en analizar las principales consecuencias que se derivan de la inclusión de las SADP dentro del elenco de sujetos obligados por las medidas de prevención del blanqueo de capitales en Chile.

Con la finalidad de alcanzar el objetivo indicado, estructuraremos nuestro estudio en dos grandes apartados. El primero de ellos persigue comprender por qué y cómo las SADP han sido incorporadas como sujetos obligados en el artículo 3 de la Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero⁸ y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos⁹. En el apartado segundo, nos haremos cargo del contenido de las medidas que deben adoptar las SADP en materia de prevención del blanqueo de capitales, como resultado de su calificación como “sujetos obligados”. Abordaremos con mayor detalle las dos principales obligaciones existentes a este respecto¹⁰, a saber, la de comunicar las operaciones “sospechosas” de lavado de activos a la Unidad de Análisis Financiero (en adelante, “UAF”) y la de “conocimiento de los clientes”, intentando identificar los principales problemas que se pueden plantear a la hora de concretar el cumplimiento de estas medidas para las SADP.

⁶ Estos enfoques, desde un punto de vista jurídico, podrían formar parte de lo que se ha denominado como “Derecho del deporte”, para el caso que se sustente que éste constituye una rama autónoma del Derecho. A este respecto, también se ha señalado que: “(...) el derecho del deporte no debe ser autónomo, más bien porque ha de ser estudiado desde diversas perspectivas, y cada rama del derecho que trate el fenómeno deportivo debe tratarlo desde su original enfoque” (BAÑEGIL ESPINOSA, A., “Derecho comunitario europeo y derecho del deporte: efecto directo y derecho de la competencia”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-15, tomo 1, 1996, p. 2, disponible en: www.laleydigital.es [última visita realizada con fecha 20.07.2011]).

⁷ Publicada en el Diario Oficial con fecha 31.08.2006.

⁸ Se trata de un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios que se relaciona con el Presidente de la República por medio del Ministerio de Hacienda. Sus atribuciones se encuentran contempladas en el artículo 2 de la Ley N° 19.913.

⁹ Publicada en el Diario Oficial con fecha 18.12.2003.

¹⁰ PÉREZ LAMELA, H.D., *Lavado de dinero. Doctrina y práctica sobre la prevención e investigación de operaciones sospechosas*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pp. 23 y 27.

I. LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS PROFESIONALES COMO SUJETOS OBLIGADOS POR LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS

1. EL DEPORTE COMO SECTOR DE “RIESGO” DE LAVADO DE ACTIVOS

Durante los últimos años se ha fortalecido fuertemente la actividad regulatoria y de supervisión asociada a la lucha contra el blanqueo de capitales a nivel internacional¹¹ y local. En este contexto, han surgido las iniciativas “de prevención” del blanqueo de capitales. Éstas se sitúan en un estadio anterior al de la intervención penal, relacionada esta última con la tipificación y persecución del delito de lavado de activos. Así, las denominadas “medidas de prevención del blanqueo de capitales” tienen por objeto hacer partícipes a diversos actores del sistema económico y financiero en la tarea de debilitar económicamente a las organizaciones criminales, impidiendo que dineros de origen espurio ingresen al circuito económico legal. En el caso chileno, los “sujetos obligados” por la normativa de prevención del blanqueo de capitales se encuentran enumerados en el artículo 3 inciso primero de la Ley N° 19.913¹².

A principios de la década de los ochenta, la labor de prevención del lavado de activos tuvo como punto de partida el establecimiento de medidas de este tipo aplicables a la actividad de los bancos e instituciones financieras. Producto del avance experimentado a este respecto durante las últimas décadas¹³, han disminuido las posibilidades de

¹¹ En este sentido véase, por ejemplo, GAFI, *Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)*, versión de 2003, disponible en www.fatf-gafi.org (última visita realizada con fecha 20.07.2011); COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL CONTRA EL ABUSO DE DROGAS (CICAD), *Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves*, disponible en www.cicad.oas.org (última visita realizada con fecha 20.07.2011); y, COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, BANCO DE PAGOS INTERNACIONALES, octubre 2001, disponible en www.bis.org (última visita realizada con fecha 20.07.2011).

¹² Son “sujetos obligados”, los siguientes: bancos e instituciones financieras; empresas de factoraje; empresas de arrendamiento financiero; las empresas de securitización; las administradoras generales de fondos y las administradoras de fondos de inversión; el Comité de Inversiones Extranjeras; las casas de cambio y otras entidades que estén facultadas para recibir moneda extranjera; las emisoras y operadoras de tarjetas de crédito; las empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; las bolsas de comercio; los corredores de bolsa; los agentes de valores; las compañías de seguros; los administradores de fondos mutuos; los operadores de mercados de futuro y de opciones; las sociedades administradoras y los usuarios de zonas francas; los casinos, salas de juegos e hipódromos; los agentes de aduana; las casas de remate y martillo; los corredores de propiedades y las empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; los notarios; los conservadores las administradoras de fondos de pensiones, y las SADP, regidas por la Ley N° 20.019.

¹³ Sin embargo, según BLANCO, “(...) este sistema no está siendo todo lo eficaz que se preveía, y está generando unos costes enormes a las entidades privadas, que evidentemente se repercuten sobre la clientela. Con todo, es cierto también que existen determinados efectos intangibles, de disuasión de potenciales delincuentes, cuya medición es prácticamente imposible” (BLANCO CORDERO, I., “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (Compliance) desde una perspectiva criminológica”, *Eguzkilore*, N° 23, diciembre 2009, p. 118).

blanquear capitales a través de dichas entidades¹⁴. Ello ha obligado a las organizaciones criminales a buscar nuevos cauces por medio de los cuales otorgar apariencia de legitimidad a aquellos capitales ilícitamente obtenidos.

En este marco ha surgido la especial preocupación respecto a que el deporte pueda verse expuesto al riesgo de servir de cauce para blanquear dinero o capital mal habido¹⁵. Ciertamente ello no sólo es alarmante desde la perspectiva de la lucha contra este delito, sino que también se corre el riesgo de generar una pérdida de credibilidad de las competiciones deportivas, que juegan un importante papel con relación a los valores sustentados por la sociedad¹⁶.

En la actualidad, los mayores avances en materia de tipologías y medidas de prevención del blanqueo de capitales pueden encontrarse respecto del fútbol. Sin embargo, se ha señalado que éstas posiblemente podrían replicarse en otros deportes¹⁷.

Dentro de las principales vulnerabilidades que se han constatado a este respecto a nivel internacional, se cuenta el hecho que el deporte y, en particular el fútbol, maneja grandes cantidades de dinero e importantes intereses financieros, que circulan dentro y fuera de paraísos fiscales o comprenden muchos países¹⁸. Si bien, esta vulnerabilidad podría cuestionarse respecto del fútbol chileno¹⁹, también es cierto que, si se opta por formular medidas orientadas a la prevención del blanqueo de capitales

¹⁴ ALLRIDGE, P., *Money Laundering Law. Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*, Hart Publishing, Portland, 2003, p.3.

¹⁵ GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, julio 2009, p. 4, disponible en www.gafi-fatf.org (última visita realizada con fecha 20.07.2011).

¹⁶ GINER, H., "Las apuestas deportivas y el lavado de activos", *Casinos de Latinoamérica*, N° 44, cuarto trimestre, 2010, p. 102.

¹⁷ GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, ob. cit., p. 5. Se ha señalado que, además del fútbol, resultan especialmente vulnerables al blanqueo de capitales el *cricket*, *basketball* o *hockey*. También se deben considerar deportes como el boxeo y la lucha, por la relación existente entre el delito y la violencia. Por último, se deben tener en cuenta además aquellos deportes de alto valor como carreras de caballos o de automóviles y aquellos en que hay grandes sumas en efectivo involucradas, ya que ello permitiría a los delincuentes convertir el dinero en efectivo en otros activos o cambiar billetes de baja denominación por otros de alta denominación (GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, p. 8).

¹⁸ *Ibidem*, p. 17. Si bien no existen cifras acerca de las dimensiones generales del sector futbolístico en el mundo, se puede señalar que, el fútbol europeo ha crecido hasta alcanzar un valor estimado de 16.300 millones de euros en el año 2010. Las cinco grandes ligas europeas –la Liga premier en Inglaterra, la *Bundesliga* en Alemania, la Liga en España, la Serie A en Italia y la Liga 1 en Francia– captaron más de la mitad de estos ingresos (DELOITTE, *Annual Review of Football Finance 2011*, pp. 8-10, disponible en www.deloitte.com [última visita realizada con fecha 20.07.2011]).

¹⁹ Al revisar los estados financieros de las entidades de mayor tamaño en el fútbol chileno se puede constatar que las cifras que allí figuran son notablemente inferiores a aquellas que se manejan a nivel mundial. *Vid.* respecto de Blanco y Negro S.A. (www.colocolo.cl/wp-content/eeff_byn_30jun2010.pdf); de Azul Azul S.A. (www.udechile.cl/bursatil); y, de Cruzados SADP (www.cruzados.cl/cruzados/?p=informacion&id=428) [última visita realizada con fecha 20.07.2011].

en el deporte, es necesario que éstas sean adoptadas por los diversos Estados, a fin de garantizar su eficacia²⁰.

Además, a diferencia de otros negocios, no siempre el carácter re-dituable de la actividad en sí es lo que hace que el deporte resulte tan atractivo para las organizaciones criminales. El prestigio social constituye otro factor de importancia. Los deportes populares pueden ser un medio para que los delincuentes se conviertan en “celebridades”, al asociarse con personas famosas y ascender a círculos de poder dentro de la sociedad²¹.

Una segunda vulnerabilidad financiera y atractivo que presenta el deporte (y el fútbol en particular) de cara a las actividades de blanqueo de capitales, está dada por el hecho que los precios de los jugadores pueden parecer irracionales y difíciles de controlar. Así, través de la transferencia de los mismos es factible legitimar recursos, siendo muy difícil determinar si el precio fijado en estos casos resulta adecuado o usual, como podría ocurrir al analizar otras operaciones de venta.

Otra gran debilidad que presenta el deporte en relación con el lavado de activos, se encuentra en la circunstancia que las organizaciones deportivas pueden resultar especialmente frágiles desde el punto de vista económico. La derrota de un club en un partido puede traer importantes consecuencias financieras (por ejemplo, una reducción en ingresos provenientes de auspiciadores, una disminución en derechos televisivos, el descenso a una división más baja, etc.). En estos casos, las organizaciones deportivas pueden verse tentadas por recurrir a un “doping financiero”²², sin que se indague acerca de las actividades, así como del origen del dinero de nuevos inversionistas que puedan surgir.

A este respecto, el Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante “Gafi”), principal organismo internacional en materia de prevención del blanqueo de capitales, ha apuntado que *“(…) existen pruebas, además de las de índole anecdótica, que indican que diversos flujos de dinero y/o transacciones financieras pueden incrementar el riesgo del lavado de dinero a través del fútbol. Estas operaciones se relacionan con la propiedad de clubes de fútbol o de jugadores, el mercado de transferencias, las apuestas, los derechos de imagen²³ y los convenios de sponsoreo o publicidad. Otros casos demuestran que también se emplea el sector del fútbol para cometer*

²⁰ La uniformidad de la regulación contra el blanqueo de capitales en los diversos Estados es vital, ya que según apunta TANZI: “As long as major differences exist in controls and in regulations among countries, there will be scope for well-informed professional money launderers to exploit them” (TANZI, V., *Policies, institutions and the dark side of economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2000, p. 190).

²¹ GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, ob. cit., p. 8.

²² *Ibidem*, pp. 17-18.

²³ *Vid.* en el contexto español, GARRIDO PICÓN, A., “Los negocios anómalos en la cesión de derechos de imagen de deportistas profesionales. Calificación tributaria de los pagos por derechos de imagen según los convenios de doble imposición”, *Impuestos*, N° 17, quincena del 1-14 de septiembre de 2003, p. 177.

otras actividades delictivas, tales como trata de personas, corrupción²⁴, tráfico de estupefacientes (doping) y delitos impositivos²⁵.

2. LA INCLUSIÓN DE LAS SADP DENTRO DE LA CATEGORÍA DE SUJETOS OBLIGADOS POR LAS MEDIDAS ANTIBLANQUEO DE CAPITALS

A nivel local se ha dado un importante paso para afrontar la lucha contra el lavado de activos en el deporte chileno. Ello a través del contenido de la Ley N° 20.119 del año 2006, que incluyó a las SADP en el elenco de sujetos afectos a las medidas orientadas a la prevención de dicho delito.

Dicha incorporación se produjo como consecuencia de una indicación realizada al Proyecto de la Ley N° 20.119 en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Para la aprobación de aquella, por unanimidad, se tuvo en vista la intención de contemplar como sujetos obligados a informar las operaciones sospechosas de lavado de activos a las autoridades locales a “(...) *las sociedades anónimas deportivas regidas por la Ley N° 20.019; es decir, las gestionadas, las corporaciones o fundaciones y las sociedades anónimas deportivas profesionales*”²⁶. Sin embargo, finalmente, se optó por incluir únicamente a las SADP dentro de esta categoría. En este contexto, se consideró que, desde el momento en que se decide adoptar la forma jurídica de la sociedad anónima para

²⁴ Acerca de la corrupción en el ámbito deportivo en España e Italia, puede consultarse CARUSO FONTÁN, V., “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado”, *Foro, Nueva época*, N° 9, 2009, pp. 168-172.

²⁵ GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, p. 4. Los organismos más importantes reguladores del deporte también han manifestado su preocupación de que esta actividad pueda resultar vulnerable para las operaciones de blanqueo. En este sentido, por ejemplo, la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) en noviembre de 2005, estableció un grupo de acción especial “por el bien del juego”, orientado a investigar y combatir toda acción que atente contra la integridad del fútbol, entre las que se cuentan el blanqueo; <http://es.fifa.com/aboutfifa/organisation/media/news/newsid=101398/index.html> (última visita realizada con fecha 20.07.2011). Además, la Comisión de Ética del Comité Olímpico Internacional (COI), creada en 1999, está a cargo de definir y actualizar un marco de principios éticos, que incluyen el Código de Ética, en consonancia con los valores y principios consagrados en la Carta Olímpica, de la cual el código forma parte. Asimismo, se encarga de investigar las quejas elevadas en relación con la inobservancia de dichos principios éticos. A este respecto, *vid.* <http://www.olympic.org/ethics-commission> (última visita realizada con fecha 20.07.2011). Finalmente, puede consultarse COMISIÓN EUROPEA, *White Paper on Sport*, COM (2007) 391 final, julio 2007, apartado 4.6, disponible en http://ec.europa.eu/sport/white-paper/index_en.htm. (última visita realizada con fecha 20.07.2011).

²⁶ *Historia de la Ley N° 20.119. Modifica la Ley N° 19.913, que creó la Unidad de Análisis Financiero*, pp. 53 y 64, disponible en www.bcn.cl (última visita realizada con fecha 20.7.2011). Para respaldar la conveniencia de considerar a estas entidades como “sujetos obligados”, se señaló que: “*Aunque no tenemos ningún antecedente en el país, más vale prevenir situaciones que han ocurrido en Europa y en otras partes. De hecho, el señor Reinaldo Sánchez, presidente de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, señaló que las sociedades anónimas deportivas podían constituirse en un peligro por el lavado de dinero*” (*Historia de la Ley N° 20.119...*, ob. cit., p. 70).

el deporte, se corre el riesgo de facilitar el ingreso de capitales ilícitos al sistema, provenientes, fundamentalmente, del extranjero²⁷.

No obstante, se debe considerar que las posibilidades de lavar activos a través del deporte no se agotan en la utilización de las SADP como vehículos para estos fines²⁸. Si bien se ha reconocido que las diversas estructuras societarias pueden ser instrumentalizadas con la finalidad de legitimar activos del origen ilícito²⁹, también pueden serlo las personas jurídicas sin fines de lucro, como las corporaciones y fundaciones³⁰. Unas y otras forman parte de las organizaciones deportivas profesionales a la luz de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 20.019. En consecuencia, habría sido recomendable la consideración de “sujetos obligados” no sólo respecto de las SADP, sino de las organizaciones deportivas profesionales, en general³¹. Ello teniendo en cuenta también que la diversidad de formas jurídicas a través de las cuales se puede organizar el deporte constituye una de sus mayores vulnerabilidades frente al lavado de activos³².

Además, el hecho que sólo se contemple a las SADP como “sujetos obligados” por la Ley N° 19.913, puede provocar efectos perversos de cara a la adecuada prevención del blanqueo de capitales. El cumplimiento de las medidas de prevención conlleva costos importantes tanto para los sujetos obligados como para los “lavadores de activos” (en este último caso, derivados del diseño e implementación de estrategias destinadas a evitar ser descubiertos). Si existen organizaciones deportivas profesionales (las SADP) que están sujetas a mayores y más costosas obligaciones

²⁷ *Ibidem*, p. 185.

²⁸ De hecho, la circunstancia de que estemos en presencia de una S.A. puede disminuir los riesgos de blanqueo de capitales, ya que es factible que esta forma de organización jurídica implique una evolución hacia niveles de gerenciamiento profesional más acorde con los estándares actuales de dirección (GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, ob. cit., p. 16).

²⁹ A este respecto, véase GAFI, *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers*, octubre 2006, disponible en www.fatf-gafi.org (última visita realizada con fecha 20.07.2011).

³⁰ *Vid.* GAFI, *Report on Money Laundering Typologies 2003-2004*, disponible en www.fatf-gafi.org (última visita realizada con fecha 25.4.2011).

³¹ Sin embargo, se debe tener en cuenta que, actualmente, las personas jurídicas, pueden resultar responsables penalmente del delito de blanqueo de capitales, en virtud de lo señalado en el artículo 1 de la Ley N° 20.393, publicada en el Diario Oficial con fecha 02.12.2009. Ello, en la medida que “(...) *la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta de los deberes de dirección y supervisión*” (artículo 3 inciso primero Ley N° 20.393). Por su parte, “*Se considerará que los deberes de dirección o supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos (...)*” (artículo 3 inciso tercero Ley N° 20.393). Para evitar incurrir en responsabilidad penal, la persona jurídica ha de adoptar un “modelo de prevención de delitos”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 20.393. Para el caso que las organizaciones deportivas profesionales distintas a las SADP adopten dicho modelo, éstas estarán participando de la prevención del lavado de activos. Sin embargo, ello no permite atribuirles la condición de “sujetos obligados” en este ámbito, ya que ésta únicamente se encuentra dada por su inclusión en la nómina formulada en el artículo 3 de la Ley N° 19.913.

³² GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, p. 17.

que las demás, se podrá desincentivar la utilización de la SADP como estructura jurídica para el deporte. Por otro lado, si en Chile no existe un control homogéneo sobre las organizaciones deportivas profesionales en materia de prevención del lavado de activos, los delincuentes preferirán canalizar sus operaciones a través de aquellas estructuras “desreguladas” en este ámbito. Ambos factores no hacen más que debilitar el sistema de prevención del blanqueo de capitales³³.

Durante la tramitación del proyecto de la Ley N° 20.119, el entonces director de la UAF, al ser consultado respecto de la pertinencia de la inclusión de las SADP en el listado de sujetos obligados contemplado en el artículo 3 de la Ley N° 19.913, indicó que “(...)este tipo de sociedades es diferente a las restantes mencionadas por el artículo 3º, las que, normalmente, tienen clientes respecto de los cuales quedan obligadas a reportar operaciones sospechosas; en cambio, en el caso de las sociedades deportivas se trata más bien de establecer un sistema de autocontrol, mediante la obligación de reporte respecto de sí mismas”³⁴.

Estamos de acuerdo con el hecho que las SADP poseen características particulares derivadas de su objeto que, como hemos evidenciado, pueden favorecer las actividades de blanqueo de capitales, y que no se comportan en su funcionamiento como los demás sujetos obligados. Sin embargo, desde el momento en que se les considera como tales por la ley, se excluye la posibilidad de que estén afectas a un régimen de “autocontrol” en materia de prevención del lavado de activos. La inclusión de las SADP en el elenco de sujetos obligados contemplado en el artículo 3 de la Ley N° 19.913 implica importantes consecuencias³⁵. Éstas

³³ Una situación de similares características parece producirse también entre aquellas organizaciones deportivas profesionales que adoptan la forma jurídica de una sociedad anónima. Según hemos señalado, la Ley N° 19.913 únicamente contempla como sujetos obligados a las “sociedades anónimas deportivas profesionales” en su artículo 3, que son aquellas que aparecen definidas en el art. 16 de la Ley N° 20.019 y que configuran sus estatutos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17 de la misma. Existen casos como el de Blanco y Negro S.A. que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 transitorio de la Ley N° 20.019, constituye hoy en día la sociedad concesionaria del Club Deportivo Colo-Colo. Según indica el propio artículo citado, se trata de una sociedad anónima abierta regulada por la Ley N° 18.046. Así, si no se le considera una SADP, no se comprenderá sujeta a los deberes de prevención del blanqueo de capitales. Así las cosas, tendrá una ventaja comparativa (derivada de la reducción de los costes asociados al adecuado cumplimiento de las medidas de prevención del lavado de activos) respecto de las SADP. Sin embargo, en este caso, creemos que la sociedad concesionaria sí debería estar afectada a los deberes de prevención del blanqueo de capitales, por el hecho de tratarse de una S.A. y por aplicación de lo dispuesto en el art. 42 de la Ley N° 20.019, que dispone que: “Se entenderá como continuadores legales de los actuales clubes, fundaciones o corporaciones deportivas, a las personas jurídicas que por cualquier acto, contrato o hecho jurídico, adquieran o gocen de igual derecho federativo o cupo y lugar en la asociación deportiva profesional que corresponda (...)”. Creemos que ésta interpretación es aquella que permite, de mejor manera, un acabado cumplimiento de la normativa de prevención del lavado de activos.

³⁴ *Historia de la Ley N° 20.119...*, ob. cit., p. 142.

³⁵ Aun cuando su alcance parezca limitado en comparación con otras categorías de sujetos obligados, teniendo en consideración que las SADP sujetas a la supervisión de la UAF son

se encuentran dadas por las numerosas medidas de prevención que las SADP han de adoptar y que, para su adecuado cumplimiento, requieren de orientación por parte de las autoridades encargadas de supervisar su actividad. Ello, precisamente, en razón de las peculiaridades que dichas organizaciones presentan frente a los demás obligados.

II. ALGUNOS INCONVENIENTES QUE GENERA LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS A LAS SADP

El régimen de prevención del blanqueo de capitales aplicable a las SADP se encuentra conformado por lo dispuesto en la Ley N° 19.913 y por la regulación emanada de la UAF³⁶, así como por aquella elaborada por la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante “SVS”)³⁷. Esta última se incorpora al régimen de prevención de las SADP desde el momento en que éstas, según lo dispuesto en el art. 37 de la Ley N° 20.019, están sujetas a la supervisión de dicho organismo.

Cabe hacer presente que el sistema de prevención de blanqueo de capitales establecido por cada sujeto obligado, en concordancia con la normativa precedentemente indicada, habrá de contar con el compromiso de la dirección de la entidad correspondiente³⁸. Ello se refleja en la aprobación y evaluación periódica por parte del directorio de los principales aspectos de las políticas que se diseñen e implementen. Por su parte, éstas serán controladas por las autoridades que correspondan, en su caso³⁹.

A la hora de abordar el análisis de la aplicación de las medidas de prevención del lavado de activos a las SADP llama la atención, en primer lugar, que, a diferencia de lo que ocurre con los demás sujetos obligados, la regulación específicamente orientada a dichas organizaciones es

sólo dieciséis (UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO, *Serie Estadística enero-junio 2011*, disponible en www.uaf.cl [última visita realizada con fecha 20.07.2011]).

³⁶ Dictadas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 e) y f) de la Ley N° 19.913.

³⁷ La SVS elaboró su primer instrumento orientado hacia la prevención del blanqueo el año 2003, cristalizándose este en el contenido de la Circular N° 1680, que fue luego sustituida por la N° 1809, de 10 de agosto de 2006. Si bien esta última no contempla como destinatario a las SADP, éstas se incorporan como tales a través de la Circular N° 1853, de 02 de octubre de 2007, que modifica la Circular N° 1680.

³⁸ En este sentido, SLOAN sostiene que, justamente, la falta de compromiso en este ámbito es una de las causas que explicarían las fallas que se detectan en estos programas. Arguye que esta circunstancia estaría dada, muchas veces, por la falta de comprensión a nivel directivo del propósito que subyace al establecimiento de medidas anti-blanqueo por las autoridades (SLOAN, D., “Why Anti-Money Laundering Programs Fail”, *ABA Bank Compliance*, Vol. 26, N° 8, noviembre-diciembre 2005, p. 21).

³⁹ La Circular SVS N° 1809, N° 8, establece en este ámbito que “*El directorio o administración de la entidad deberá aprobar el manual de procedimientos y código de conducta, así como evaluar al menos una vez dentro del año calendario, las políticas y procedimientos establecidos en el mismo, su cumplimiento y efectividad*”.

prácticamente inexistente. Al consultar las Circulares de la UAF se puede constatar que es posible acceder a aquellas aplicables a las SADP. Sin embargo, éstas lo son por estar elaboradas para todos los sujetos obligados. Incluso, la mayoría de ellas ni siquiera menciona, como sujeto destinatario, a las SADP. Aun cuando esto último no sucede en el caso de las Circulares de la SVS, éstas tampoco contemplan medidas que consideren las particularidades de la actividad de las SADP. Ello explica que en un reciente informe evacuado respecto del cumplimiento de las medidas de prevención del blanqueo de capitales en Chile, GAFISUD haya señalado que nuestro país debería contar con disposiciones regulatorias enfocadas especialmente a las SADP⁴⁰.

Del contenido de la normativa vigente puede desprenderse una serie de obligaciones destinadas a la prevención del lavado de activos que han de ser satisfechas por las SADP, en tanto “sujetos obligados”. Entre las más importantes se cuentan la de comunicar las operaciones “sospechosas” de blanqueo de capitales a la UAF y la de “conocer a los clientes”⁴¹, cuya aplicación abordaremos a continuación. A este respecto, daremos cuenta de algunas de las consecuencias derivadas de la poca atención que las SADP han recibido en relación con el diseño e implementación de dichas medidas de prevención en nuestro país.

⁴⁰ GAFISUD, *Informe de evaluación mutua. Anti Lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (3ra Ronda) Chile*, diciembre 2010, p. 271, disponible en www.gafisud.org/ (última visita realizada con fecha 20.07.2011).

⁴¹ Otras obligaciones de prevención del lavado de activos son: (1) la de proporcionar a la UAF los antecedentes que, con ocasión de la revisión de una operación sospechosa detectada por aquella en el ejercicio de sus atribuciones, resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar el análisis de dicha operación o bien a efectos de compartir información con sus similares en el extranjero, en las condiciones señaladas en el artículo 2 g) de la Ley N° 19.913; (2) la de “(...) mantener registros especiales por el plazo mínimo de cinco años, e informar a la Unidad de Análisis Financiero cuándo ésta lo requiera, de toda operación en efectivo superior a cuatrocientas cincuenta unidades de fomento o su equivalente en otras monedas” [artículo 5 de la Ley N° 19.913 y Circular SVS N° 1680, N° 3 a)]. La UAF ha emitido diversas circulares relacionadas con la aplicación de esta norma que son vinculantes para las SADP teniendo en cuenta que se dirigen a todos los sujetos obligados, cual es el caso de la N° 007, de 6 de marzo de 2006; N° 0011, de 5 de septiembre de 2006; 0013, de 5 de septiembre de 2006; N° 0035, de 19 de noviembre de 2007; y N° 0044, de 25 de mayo de 2010. La única circular de la UAF sobre este tema en que aparecen mencionadas de forma expresa las SADP es la N° 0034, de 25 de octubre de 2007. Según se desprende del contenido de las circulares indicadas, la UAF ha diseñado un mecanismo de reporte de estas operaciones, al que se accede a través del sitio *Web* de la entidad. Finalmente, el deber de informar también ha de cumplirse en el caso que los sujetos obligados no hayan constatado la existencia de operaciones “reportables” durante el período que se trate. Ello se cristaliza en el envío de un “Registro de operaciones en efectivo negativo” (ROE negativo) a la UAF. Esta información se encuentra disponible en www.uaf.cl (última visita realizada con fecha 20.07.2011); (3) la de seleccionar adecuadamente y capacitar, de forma permanente, al personal de los sujetos obligados (Circular SVS N° 1809, N° 7); (4) la de elaborar manuales de procedimiento frente a una operación sospechosa y códigos de conducta aplicables al personal de los sujetos obligados (Circular SVS N° 1809, N° 5).

1. LA OBLIGACIÓN DE COMUNICAR AQUELLAS OPERACIONES “SOSPECHOSAS” DE BLANQUEO DE CAPITALES A LA UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO

La primera de las obligaciones sobre las que se estructura el sistema de prevención del blanqueo de capitales en Chile, la de comunicar las operaciones sospechosas de lavado de activos a la UAF. Se trata de una medida aplicable a todos los sujetos obligados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 19.913⁴².

Dicho artículo formula, en su inciso segundo, una definición de “operación sospechosa”, señalándose que es “(...) *todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente, sea que se realice en forma aislada o reiterada*”⁴³. A estos efectos, se establece que será la UAF la encargada de señalar a los sujetos obligados “(...) *las situaciones que especialmente habrán de considerarse como indiciarias de operaciones o transacciones sospechosas (...)*”⁴⁴. Ello se ha concretado en la elaboración por parte de dicho servicio de la guía *Señales de alerta indiciarias de lavado o blanqueo de activos, para el sistema financiero y otros sectores*⁴⁵.

Llama la atención que el elenco de señales de alerta contenido en dicho documento no contemple supuestos de esta clase o tipologías⁴⁶, aplicables de modo especial al caso del deporte y de las SADP en particular. Además, tampoco se consideran ciertos instrumentos existentes a nivel internacional que, en el marco de la instrumentalidad del deporte,

⁴² Obligación que aparece reiterada en la Circular SVS N° 1809, N° 2.

⁴³ En este sentido, la Circular SVS N° 1809, en su N° 3, establece que: “*Se deberá dar especial atención a aquellas que presenten elementos o características inusuales, irregulares o anormales, en relación con las actividades o giro del cliente o de cualquiera de los que participan en ella, y/o que por su gestión, diseño financiero, estructura, presentación, documentación utilizada, modificación de antecedentes ya registrados, información proporcionada o falta de ésta, por la reiteración o cuantía de las mismas o la intervención inusual de terceros desconocidos*”.

⁴⁴ Artículo 3 inciso cuarto de la Ley N° 19.913.

⁴⁵ UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO, *Señales de Alerta Indiciarias de Lavado o Blanqueo de Activos para el Sistema Financiero y Otros Sectores*, actualizado a mayo de 2010, p. 4, disponible en www.uaf.cl (última visita realizada con fecha 20.07.2011). Este documento fue dado a conocer a través de la Circular N° 0008 de la UAF, de fecha 31 de mayo de 2006, que puede ser consultada en www.uaf.cl (última visita realizada con fecha 20.07.2011). Lo anterior debe complementarse con lo establecido en la Circular N° 0025 de la UAF, de 13 de agosto de 2007 (dirigida a todos los “sujetos obligados”), que dispone que deberán reportarse como sospechoso cualquier acto, operación o transacción que realice alguna de las personas indicadas en la Lista del Comité 1267 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sea de manera directa o a través de mandatarios, cualquiera que sea su monto. Información en www.uaf.cl (última visita realizada con fecha 19.12.2007).

⁴⁶ A este respecto, se pudo haber considerado, por ejemplo, la breve nómina y relación contenida en THE FOOTBALL ASSOCIATION, *Money Laundering and Proceeds of Crime Act. Guidance for Football Clubs*, p. 7, 10-15, disponible en www.thefa.com (última visita realizada con fecha 20.07.2011).

pueden ser de utilidad para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos, aun cuando no hayan sido diseñados con esta finalidad. Es el caso del “sistema de correspondencia de transferencia” que opera ante el traspaso de jugadores de fútbol⁴⁷ y el denominado “sistema de alerta temprana”, que tiene por objeto impedir las apuestas ilegales en el deporte⁴⁸.

Toda comunicación o reporte de operación sospechosa que se realice deberá contener información respecto de la(s) operación(es) que se informa(n) y de los involucrados en ella(s), indicando los elementos que se tuvieron en consideración al definir la(s) operación(es) como sospechosa(s)⁴⁹. Además, los sujetos obligados deberán efectuar una declaración anual relativa a las operaciones sospechosas detectadas y reportadas a la UAF o, en su defecto, de la inexistencia de operaciones sospechosas en su actividad⁵⁰.

En todo caso, *“Las disposiciones legales, reglamentarias, contractuales o de cualquier otra índole sobre secreto o reserva de determinadas operaciones o actividades no impedirán el cumplimiento de la obligación de informar [...] Lo anterior es también aplicable si la Unidad solicita la entrega o ex-*

⁴⁷ Se trata de un sistema virtual de intercambio de información cuyo funcionamiento se encuentra en manos de una entidad legal de propiedad de la FIFA. Presenta una doble ventaja: facilita los procedimientos de transferencia y revela el origen y destino de los fondos aportando así una mayor transparencia en el pase de jugadores [GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, pp. 40-41].

⁴⁸ El sistema de alerta temprana es un organismo subsidiario independiente de la FIFA orientado a proteger al fútbol contra el fraude en los partidos derivado de apuestas deportivas, a través de la detección en una etapa temprana de cualquier clase de irregularidades en el transcurso de las apuestas futbolísticas. Este sistema de advertencia preventiva fue puesto a prueba en Alemania en ocasión del Campeonato Mundial FIFA 2006. A pedido del COI, se lo utilizó además para monitorear los 302 eventos de los Juegos Olímpicos de Beijing en 2008. El sistema ha firmado contratos con más de 400 corredores de apuestas en todo el mundo, quienes informan sobre cualquier comportamiento sospechoso en torno a las apuestas. En caso de registrarse patrones de comportamiento sospechoso en las apuestas, se procede a informar inmediatamente a la FIFA, de acuerdo con el plan de emergencia establecido (GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, ob. cit., p. 42).

⁴⁹ Ello conforme lo dispone el artículo 3 inciso 4 de la Ley N° 19.913. En este sentido véase el sitio *Web* de la UAF, www.uaf.cl (última visita realizada con fecha 20.07.2011). En él se contiene información sobre la forma y el contenido de los reportes respecto de los sujetos obligados. En relación con el cumplimiento de este deber, los sujetos obligados contemplados habrán de designar un funcionario responsable de relacionarse con la UAF, que suele denominarse “Oficial de Cumplimiento” (*Compliance Officer*) u “Oficial de Prevención de Lavado de Activos” (*Anti-Money Laundering Officer*). Se trata de un ejecutivo de nivel alto, que ha de contar con la absoluta confianza de la administración de la institución que representa. La Circular SVS N° 1809, N° 6 también establece la obligación de designar a un Oficial de Cumplimiento.

⁵⁰ Circular UAF N° 0041, de 22 de septiembre de 2008. En este contexto, la UAF podrá solicitar a los sujetos obligados “(...) los antecedentes que con ocasión de la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la Unidad (...) resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar el análisis de dicha operación (...). Las personas requeridas estarán obligadas a proporcionar la información solicitada, en el término que se les fije” [artículo 2 b) de la Ley N° 19.913]. Ahora, conforme a la norma indicada, si los antecedentes que se requieren estuvieren amparados por el secreto o reserva, o deban requerirse a una persona que no constituye un “sujeto obligado” por la ley, la solicitud de la UAF habrá de ser fundada y autorizada previamente por el ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que el Presidente de dicha Corte designe por sorteo en el acto de hacerse el requerimiento.

hibición de los antecedentes que el sujeto obligado tuvo en consideración para reportar la operación sospechosa”. Además, toda información que se entregue de buena fe “(...)eximirá de toda responsabilidad legal a quienes la entreguen”⁵¹. Con esta medida se busca proteger a los sujetos obligados y sus empleados, incentivándolos a entregar antecedentes a la Unidad de Análisis Financiero.

Para el adecuado cumplimiento de las obligaciones indicadas, el artículo 6 de la Ley N° 19.913 prohíbe, tanto a los sujetos obligados como a sus empleados, “(...) informar al afectado o a terceras personas, la circunstancia de haberse requerido o remitido información a la Unidad de Análisis Financiero, como asimismo, proporcionarles cualquier otro antecedente al respecto”⁵². Se trata de un estricto deber de confidencialidad impuesto a estas entidades cuya única justificación, a la vista de la relación recíproca que debe existir en todo caso entre los sujetos obligados y sus clientes, radica en la posible frustración de las actuaciones de las autoridades competentes en la lucha contra la delincuencia organizada⁵³.

Este deber de confidencialidad también permite evitar rumores sobre lavado de activos que, en el caso del deporte, puede suponer el retiro de los patrocinadores, pérdida de aficionados y, consecuentemente, de ingresos para la organización deportiva que se trate. Según GIL PECHARROMÁN: “Esto hace que el lavado de dinero u otros delitos, a pesar de su ilegalidad no sea denunciado por quienes tienen conocimiento del mismo y no están involucrados directamente”⁵⁴. Como se puede apreciar, así se evita afectar la reputación de una SADP ante meras “sospechas” de blanqueo de capitales, conjuntamente con incentivar la actividad de prevención que éstas puedan desarrollar.

Cabe hacer presente que, pese a esta previsión, a la fecha, sólo se cuenta con un reporte de operación sospechosa de blanqueo de capitales efectuado por una SADP a la Unidad de Análisis Financiero⁵⁵. Ello puede obedecer al hecho que efectivamente, a la fecha, no han surgido mayores sospechas en torno a que dichas entidades puedan ser utilizadas como vehículo para realizar actividades de lavado de activos. Sin embargo, también es cierto que actualmente las SADP no cuentan con normativa específica que considere las particularidades de su objeto, de cara al cumplimiento de la obligación de comunicar operaciones sospechosas. Siguiendo lo señalado por GAFI,

⁵¹ Artículo 3 inciso penúltimo y final de la Ley N° 19.913.

⁵² Artículo 6 inciso primero de la Ley N° 19.913.

⁵³ GUILLÉN FERRER, M^a J., *El secreto bancario y sus límites legales*, Tirant lo Blanch, 1997, p. 219. La infracción a la prohibición lleva aparejada una sanción penal establecida en el artículo 7 de la Ley N° 19.913.

⁵⁴ GIL PECHARROMÁN, X., “El fútbol, punto de mira del blanqueo de capitales”, *Escritura Pública*, N° 60, 2009, pp. 43-44.

⁵⁵ GAFISUD, *Informe de evaluación mutua...*, p. 207, disponible en www.gafisud.org/ (última visita realizada con fecha 20.07.2011) y UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO, *Informe estadístico enero-septiembre 2010*, p. 24; y, *Serie Estadística enero-junio 2011*, todos disponibles en www.uaf.cl (última visita realizada con fecha 20.07.2011).

creemos que resulta fundamental crear conciencia y orientar a los sujetos obligados en torno a los riesgos de lavado de dinero vinculado con el deporte, tanto en el sector público como en el privado, a fin de favorecer las actividades de prevención del blanqueo de capitales y, en particular, el cumplimiento de la obligación que hemos analizado⁵⁶.

2. LA OBLIGACIÓN DE “CONOCER A LOS CLIENTES”

Se ha señalado que, la existencia de una política de “conocimiento de los clientes” o *Know Your Customer (KYC*, en inglés) implica, al momento de iniciar una relación con un cliente, así como durante la vigencia de la misma, la obligación de contar con antecedentes suficientes que permitan sostener que el cliente es quien dice ser y que, en virtud de la información que se tiene sobre él (que permite determinar el nivel de riesgo de blanqueo que éste implica para el sujeto obligado), no existen bases para creer que está envuelto en actividades de lavado de activos⁵⁷. En relación con los elementos constitutivos de una política de conocimiento del cliente, se ha considerado que, una estructura *KYC* adecuada requiere la completa identificación de los mismos y sus actividades, y el seguimiento permanente de las operaciones efectuadas por ellos⁵⁸.

Por su parte, la intensidad en la aplicación de las medidas *KYC* va a depender del riesgo de lavado de activos que el(los) cliente(s) o la(s) operación(es) puede(n) significar para la SADP⁵⁹. Así, por ejemplo, en el caso de los clientes calificados como *persona(s) de influencia a nivel internacional o persona(s) políticamente expuesta(s)* (o *PEPS*), suele exigirse la aprobación de la alta administración del sujeto obligado para su vinculación a la misma⁶⁰. También se establece que se han de adoptar

⁵⁶ GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, ob. cit., pp. 47-48.

⁵⁷ LILLEY, P., *Dirty Dealing. The Untold Truth about Global Money Laundering, International Crime and Terrorism*, Kogan Page, Londres, 2005, p. 176.

⁵⁸ En este sentido el GAFI, *Las Cuarenta...*, ob. cit., p. 6, señala que las entidades obligadas deben “(...) llevar a cabo un proceso continuo de debida diligencia respecto de la relación comercial, así como un examen detallado de las operaciones realizadas durante todo el curso de esa relación, con el fin de asegurar que las operaciones que se están haciendo son compatibles con lo que la institución sabe del cliente, sus negocios y perfil de riesgo, incluso el origen de los fondos, en caso necesario”. Para una exposición más detallada en relación con los elementos de una política *KYC*, véase ALBA, R., “Evolution of methods of money laundering in Latin America”, *Journal of Financial Crime*; Vol. 10 N° 2, 2002, p. 137-140.

⁵⁹ Esta tendencia se ha visto reflejada en la formulación, por parte del GAFI, de una guía orientada a la elaboración de políticas de prevención basadas en el riesgo de blanqueo. En este sentido véase GAFI, *Guidance on the risk-based approach to combating money laundering and terrorist financing. High level Principles and Procedures*, junio 2007, disponible en www.fatf-gafi.org (última visita al sitio web, realizada con fecha 20.07.2007).

⁶⁰ Circular SVS N° 1809, N° 2. Dicha Circular dispone además que, dentro de esta categoría de clientes se encuentran: “(...) los individuos que desempeñan o han desempeñado funciones públicas destacadas en un país extranjero, considerando, entre otros, a los jefes de Estado o de gobierno, líderes políticos, funcionarios gubernamentales, judiciales o militares de alta jerarquía, altos ejecutivos de empresas estatales o funcionarios o miembros importantes de partidos políticos”.

medidas KYC reforzadas respecto de las transferencias electrónicas de fondos⁶¹ y las operaciones que se realicen, o de las relaciones comerciales que se entablen con personas naturales o jurídicas, incluidas las empresas e instituciones financieras, de países donde no se apliquen las recomendaciones del GAFI o no se las respete suficientemente⁶².

El “conocimiento del cliente” constituye la base de un sistema efectivo antiblanqueo⁶³, ya que sólo será posible calificar y reportar, si procede, una operación como “sospechosa” a la UAF, si se cuenta con antecedentes suficientes, tanto de la propia transacción como de quienes participan en ella. Así, las SADP, en tanto sujetos obligados por las medidas de prevención del lavado de activos deben “(...) adoptar como una política rutinaria y propia de su forma de operar un adecuado conocimiento de sus clientes, de las actividades generadoras de los recursos utilizados en sus transacciones y de las características más relevantes de las operaciones que éstos realizan (...)”⁶⁴.

Ello implica que las SADP, durante el transcurso de una operación, deben hacerse preguntas como, por ejemplo, ¿se sabe exactamente con quién se está operando?, ¿se identificó y corroboró apropiadamente la identidad de las personas con quienes se negocia?, ¿se posee algún conocimiento respecto del origen de los fondos con que el comprador/ inversor/ comerciante/ intermediario está pagando,⁶⁵ de manera de adoptar medidas “reforzadas” si se está en presencia de un cliente u operación “de riesgo” de blanqueo?

⁶¹ Vid. Circular UAF N° 0010, de 5 de septiembre de 2006, dirigida a todos los sujetos obligados.

⁶² Respecto de este tema se debe estar a lo dispuesto en la Circular de la UAF N° 0009, de 23 de agosto de 2006, dirigida a todos los sujetos obligados. Conforme a ésta, cuando las operaciones que realicen los sujetos obligados y las relaciones comerciales que entablen con personas naturales o jurídicas, incluidas las empresas e instituciones financieras, de países donde no se aplican las Recomendaciones del GAFI o no se las aplica suficientemente, “(...) no tengan una justificación jurídica o económica aparente, deberá examinarse su trasfondo y fines, en la mayor medida posible, (conocimiento del cliente reforzado) plasmándose los resultados por escrito, los que deberán ser puestos a disposición de la Unidad de Análisis Financiero. Para estos efectos se deberá considerar a los catalogados como “países o territorios no cooperantes” por el GAFI y a los definidos como “paraísos fiscales” por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) (...)”. La misma Circular contiene la lista de países o territorios no cooperantes del GAFI y la nómina de los paraísos fiscales, debiendo cada institución revisarla periódicamente. La mentada lista de la OCDE se actualiza periódicamente, por lo que la UAF ha instruido que, sin perjuicio de lo establecido en la Circular N° 0009, se verifique la lista actualizada de la OCDE sobre esta materia [Circular N° 0043 (provisional), de 14 de septiembre de 2009, de la UAF)].

⁶³ BLANCO CORDERO, I., “La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea”, *Eguskilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 15, diciembre 2001, p. 22; ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F., *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 60; SHAZEEDA A., A., *Money Laundering Control in the Caribbean*, Kluwer Law International, Londres, 2003, p. 199; y, ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, p. 68.

⁶⁴ Circular SVS N° 1809, N° 2.

⁶⁵ GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, ob. cit., p. 44.

Sin embargo, a fin de dibujar los límites de esta obligación resulta fundamental preguntarse acerca del alcance que cabe atribuir a la noción de “cliente”. La respuesta a esta interrogante resulta fundamental, ya que no será posible cumplir satisfactoriamente con las medidas KYC si no se aclara primero a quién, en definitiva, deben aplicarse.

La Circular N° 1809, sección N° 2, de la SVS dispone que “(...)por cliente se entiende toda persona natural o jurídica con la que la entidad sujeto de la presente regulación crea, establece o mantiene una relación de origen contractual, a fin de obtener el primero la prestación de un servicio o contratación de un producto, ofrecido dentro del marco propio del giro exclusivo o complementario del segundo, conforme al marco legal y/o reglamentario, ya sea que la relación sea de carácter ocasional, esporádico, único, reiterado, frecuente o permanente”. Reconocemos que la formulación de un concepto de “cliente” a estos efectos es una tarea sumamente delicada, aunque necesaria. Así, se requiere formular una noción lo suficientemente amplia para constituirse como una herramienta efectiva de prevención y, a la vez, lo bastante acotada para permitir su adecuado cumplimiento por los sujetos obligados con un grado suficiente de seguridad jurídica.

Como se puede apreciar, el concepto de cliente a efectos de la aplicación de las medidas KYC elaborado por la SVS es amplísimo. Ello se comprende a partir de la propia finalidad de la normativa de prevención, que pretende que los sujetos obligados recaben información y pongan atención a la mayor cantidad de operaciones con la finalidad de descartar su vinculación al blanqueo de capitales. Además, la justificación de la amplitud del concepto podría encontrarse en la diversidad de sujetos obligados a los que se dirige la Circular N° 1809. Sin perjuicio de esto, se debe reconocer que cada uno de ellos y, en particular las SADP, tienen peculiares características que justifican que incluso, en este caso, a diferencia de lo que ocurre respecto de la mayoría de los sujetos obligados (por ejemplo, bancos, compañías de seguros, empresas de factoraje, casas de cambio, corredores de bolsa, administradores de fondos mutuos, casinos) ni siquiera cabe hablar de “cliente”.

En este sentido, debe considerarse además que el deporte es un sector complejo y muchas veces puede observarse una interdependencia entre los diferentes actores a su alrededor. Así, en el caso del fútbol, con el crecimiento en la cantidad de transferencias o pases internacionales y las sumas elevadas de dinero en materia televisiva y auspiciadores que se gastan en la compra y venta de jugadores, cada vez es más la gente involucrada en el sector, tales como *managers*, intermediarios, *sponsors* y empresas propietarias de jugadores⁶⁶.

⁶⁶ GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, ob. cit., p. 16.

El amplio concepto de cliente formulado por la SVS, así como la diversidad de partes involucradas en el desarrollo del giro de las SADP, hace que muchas veces pueda resultar difícil y muy costoso⁶⁷ para estas entidades aplicar las medidas KYC. Creemos que se hace necesario adaptar la noción de “cliente” a la realidad del deporte profesional. De este modo, se logrará que las SADP puedan cumplir adecuadamente con esta obligación y así fortalecer el sistema chileno de prevención del lavado de activos.

COMENTARIOS FINALES

1. Durante los últimos años y a partir de los avances experimentados en materia de prevención del lavado de activos respecto de los vehículos tradicionalmente utilizados para la legitimación de capitales, es que ha surgido la preocupación respecto a que el deporte pueda estar siendo instrumentalizado para estos fines. Ello teniendo en cuenta las vulnerabilidades asociadas a este sector, dadas por las cantidades de dinero que se manejan, por el hecho que los precios asociados a los jugadores muchas veces son difíciles de controlar, así como por la circunstancia que las organizaciones deportivas profesionales pueden encontrarse en situaciones de fragilidad económica que favorezcan el ingreso de inversiones cuyo origen no sea cuestionado.
2. Al incorporar a las SADP en el elenco de “sujetos obligados” por las medidas de prevención del lavado de activos, se ha dado un gran paso orientado a evitar que dichas estructuras sean utilizadas por los blanqueadores con fines delictivos. Sin embargo, habría sido recomen-

⁶⁷ Ello teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la Circular SVS N° 1809, N° 4, la “información mínima” con que debe contar el sujeto obligado, tanto respecto de operaciones en efectivo que superen las 450 UF, como en el caso de aquellas consideradas “sospechosas” de blanqueo de capitales, es la siguiente: a) Naturaleza de la operación y copia de los documentos o antecedentes que la respaldan; b) Nombre, apellidos, RUT o su equivalente para los extranjeros no residentes, nacionalidad, profesión, giro, domicilio, número telefónico y correo electrónico del inversionista, cliente o parte de la operación, copia del mandato si opera para un tercero o, en ausencia de tal contrato, constancia de actuar para un tercero y la completa identificación de aquél, con inclusión de los datos suficientes para poder contactarle. Para las personas jurídicas, deberá dejarse copia de sus antecedentes legales y la individualización de sus representantes.; c) Aquella documentación que permita determinar la extensión de relaciones que una empresa pueda tener con otras, esto es, determinar si es parte de un *holding* empresarial o grupo de empresas con un determinado objetivo. Y, por tanto, aquella que permita la determinación de los miembros del grupo empresarial; y, d) Origen inmediato de los recursos con los que se efectúa la transacción, respecto de aquellas operaciones que superen las 450 Unidades de Fomento. Además se deben adoptar medidas para lograr un rápido acceso a esta información, a fin de atender a los requerimientos que se efectúen en relación a operaciones y personas. En el caso que por cualquier circunstancia los antecedentes de un cliente hubieren sido obtenidos por una tercera entidad distinta a la entidad financiera, esta última deberá asegurarse que tales antecedentes le sean enviados en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles.

dable extender dicha calificación también a las demás organizaciones deportivas profesionales, como corporaciones y fundaciones. Ello por cuanto, también es posible blanquear capitales a través de estas estructuras. Además, el hecho que únicamente las SADP estén sometidas al cumplimiento de las medidas de prevención del blanqueo de capitales puede generar efectos negativos, tanto desde la perspectiva de los incentivos que pueden establecerse para que las organizaciones deportivas adopten la forma jurídica de una SADP, como de cara a la efectividad del propio sistema de prevención. Esto último debido al hecho que los delincuentes preferirán canalizar los recursos ilícitamente obtenidos a través de entidades “desreguladas” desde la perspectiva de la prevención del lavado de activos.

3. El régimen de prevención del blanqueo de capitales aplicable a las SADP constituido por el contenido de la Ley N° 19.913 y por las Circulares de la UAF y SVS, establece una serie de medidas que los sujetos obligados deben satisfacer, dentro de las cuales se cuentan la de comunicar aquellas operaciones “sospechosas” de blanqueo a la UAF. Respecto de la primera de estas obligaciones, llama la atención que, al revisar las Circulares e instrumentos emitidos por la UAF a este respecto, no se contienen previsiones orientadas especialmente a las SADP, que consideren las particularidades de su objeto de cara al cumplimiento de esta obligación. Ello podría explicar, en parte, por qué se constata la existencia de un solo reporte de operación sospechosa realizado a la UAF por parte de una SADP. Así, sería recomendable crear mayor conciencia y orientar a los sujetos obligados en torno a los riesgos de lavado de dinero vinculados con el deporte, de modo de fortalecer la satisfacción de esta importante medida de prevención del lavado de activos.
4. Una segunda medida de prevención del lavado de activos estrechamente vinculada a la de comunicar las operaciones de blanqueo a las autoridades locales, es la de “conocer a los clientes” con los que se relaciona el sujeto obligado. Sólo de este modo será posible para este último realizar un reporte adecuadamente fundamentado a la UAF. Al analizar la noción de cliente presente en la Circular N° 1809 de la SVS, vinculante para las SADP y que constituye la base sobre la que se estructura la obligación de “conocer al cliente”, se puede constatar que se trata de un concepto muy amplio, cuya aplicación puede resultar muy costosa pero, sobre todo, poco adecuada a la realidad de las SADP. Ello en términos de la interdependencia existente entre los actores que participan en el deporte y que se pueden relacionar con este tipo de entidades. En consecuencia, y con la finalidad de lograr un mayor cumplimiento de esta medida de prevención del blanqueo de capitales por parte de las SADP, creemos que se hace necesario

adaptar la noción de “cliente” contenida en la mencionada Circular a la realidad del deporte profesional.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002.
- ALBA, R., “Evolution of methods of money laundering in Latin America”, *Journal of Financial Crime*; Vol. 10 N° 2, 2002.
- ALLRIDGE, P., *Money Laundering Law. Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering and Taxation of the Proceeds of Crime*, Hart Publishing, Portland, 2003.
- ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F., *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BAÑEGIL ESPINOSA, A., “Derecho comunitario europeo y derecho del deporte: efecto directo y derecho de la competencia”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-15, tomo 1, 1996, p. 2, disponible en www.laleydigital.es (última visita al sitio web, realizada con fecha 20.07.2011).
- BLANCO CORDERO, I., “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica”, *Eguzkilore*, N° 23, diciembre 2009.
- BLANCO CORDERO, I., “La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea”, *Eguzkilore*, N° 15, diciembre 2001.
- CARUSO FONTÁN, V., “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado”, *Foro, Nueva época*, N° 9, 2009.
- COMISIÓN EUROPEA, *White Paper on Sport*, COM (2007) 391 final, julio 2007, disponible en http://ec.europa.eu/sport/white-paper/index_en.htm. (última visita al sitio web, realizada con fecha 20.07.2011).
- COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL CONTRA EL ABUSO DE DROGAS (CICAD), *Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves*, disponible en www.cicad.oas.org (última visita al sitio web, realizada con fecha 20.07.2011).
- COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, BANCO DE PAGOS INTERNACIONALES, octubre 2001, disponible en www.bis.org (última visita al sitio web, realizada con fecha 20.07.2011).
- DELOITTE, *Annual Review of Football Finance 2011*, pp. 8-10, disponible en www.deloitte.com (última visita al sitio Web, realizada con fecha 20.07.2011).
- GAFI-GAFISUD, *Lavado de dinero en el sector del fútbol*, julio 2009, p. 4, disponible en www.gafi-fatf.org (última visita realizada con fecha 20.07.2011).
- FUERTES LÓPEZ, M., *Asociaciones y sociedades deportivas*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

- GAFI, *Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)*, versión de 2003, disponible en www.fatf-gafi.org (última visita realizada con fecha 10.6.2011).
- GAFI, *Report on Money Laundering Typologies 2003-2004*, disponible en www.fatf-gafi.org (última visita al sitio Web, realizada con fecha 25.4.2011).
- GAFI, *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers*, octubre 2006, disponible en www.fatf-gafi.org (última visita al sitio Web, realizada con fecha 20.07.2011).
- GAFI, *Guidance on the risk-based approach to combating money laundering and terrorist financing. High level Principles and Procedures*, junio 2007, disponible en www.fatf-gafi.org (última visita al sitio web, realizada con fecha 20.07.2007).
- GAFISUD, *Informe de evaluación mutua. Anti Lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (3ra Ronda) Chile*, diciembre 2010, p. 271, disponible en www.gafisud.org/ (última visita realizada con fecha 20.7.2011).
- GARRIDO PICÓN, A., “Los negocios anómalos en la cesión de derechos de imagen de deportistas profesionales. Calificación tributaria de los pagos por derechos de imagen según los convenios de doble imposición”, *Impuestos*, N° 17, quincena del 1-14 de septiembre de 2003.
- GIL PECHARROMÁN, X., “El fútbol, punto de mira del blanqueo de capitales”, *Escritura Pública*, N° 60, 2009.
- GINER, H., “Las apuestas deportivas y el lavado de activos”, *Casinos de Latinoamérica*, N° 44, cuarto trimestre, 2010.
- GUILLÉN FERRER, M^a J., *El secreto bancario y sus límites legales*, Tirant lo Blanch, 1997.
- LILLEY, P., *Dirty Dealing. The Untold Truth about Global Money Laundering, International Crime and Terrorism*, Kogan Page, Londres, 2005.
- PÉREZ LAMELA, H.D., *Lavado de dinero. Doctrina y práctica sobre la prevención e investigación de operaciones sospechosas*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- SHAZEEDA A., A., *Money Laundering Control in the Caribbean*, Kluwer Law International, Londres, 2003.
- SLOAN, D., “Why Anti-Money Laundering Programs Fail”, *ABA Bank Compliance*, Vol. 26, N° 8, noviembre-diciembre 2005.
- TANZI, V., *Policies, institutions and the dark side of economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2000.
- TEROL GÓMEZ, R., “Las aportaciones del Derecho al deporte profesional del siglo XXI”, en AA.VV. *Aportaciones del Derecho al deporte del siglo XXI. I Jornada de Derecho deportivo*, Fundación Deportiva Municipal de Valencia-Ayuntamiento de Valencia-Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- THE FOOTBALL ASSOCIATION, *Money Laundering and Proceeds of Crime Act. Guidance for Football Clubs*, diciembre 2007, disponible en www.thefa.com (última visita realizada al sitio web, con fecha 20.07.2011).
- UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO, *Señales de Alerta Indiciarias de Lavado o Blanqueo de Activos para el Sistema Financiero y Otros Sectores*, diciembre 2007, p. 4, disponible en www.uaf.cl (última visita realizada al sitio web, con fecha 20.07.2011).

VAREA SANZ, M, *La administración de la sociedad anónima deportiva*, Fundación del Fútbol Profesional, Civitas, Madrid, 1999.

VERGARA ALCAÍNO, J., “Sociedades Anónimas en el Fútbol Chileno, ¿Solución o sólo un negocio?”, diciembre 2009, disponible en www.elobservatodo.cl/admin/render/noticia/15802 (última visita realizada con fecha 20.07.2011).

Historia de la Ley N° 20.119. Modifica la Ley N° 19.913, que creó la Unidad de Análisis Financiero, p. 53, disponible en www.bcn.cl (última visita realizada con fecha 20.7.2011).

Historia de la Ley N° 20.019. Regula las sociedades anónimas deportivas profesionales, p. 4, disponible en www.bcn.cl [última visita realizada con fecha 20.7.2011]).

**SOCIEDADES DE CAPITAL Y ARBITRAJE
(REFORMA DE LA LEY DE ARBITRAJE.
ARBITRAJE DE EQUIDAD Y SEPARACIÓN POR
JUSTA CAUSA)**

PILAR PERALES VISCASILLAS*

Catedrática de Derecho Mercantil

Universidad Carlos III de Madrid

Consejera Académica en Baker & McKenzie

I. LÍNEAS GENERALES DE LA LEY N° 11/2011, DE 20 DE MAYO, DE REFORMA DE LA LEY DE ARBITRAJE

Mediante la Ley N° 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE, núm. 121, 21 mayo 2011), y que entró en vigor el día 10 de junio, se modifica por segunda vez la Ley de Arbitraje (LA) desde su aprobación el 23 de diciembre de 2003¹.

El legislador en la Exposición de Motivos de la Ley N° 11/2011 revela claramente los objetivos que le han guiado al modificar la Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, tomando en cuenta algunas disfuncionalidades que ha provocado la aplicación de la Ley de Arbitraje en

* Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Consejera Académica en Baker & McKenzie. Este trabajo se ha realizado gracias al Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología (DER 2008-02244/JURI).

¹ La primera tuvo lugar con ocasión de la Ley N° 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. BOE, núm. 266, 4 noviembre 2009.

En la última reforma se introducen modificaciones en el arbitraje en otras leyes: Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y Ley Concursal (LC). Asimismo, se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) mediante la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley N° 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE, núm. 121, 21 mayo 2011).

la práctica arbitral, pues en el sentir del legislador “en la práctica se ha mostrado mejorable”.

Las materias en las que se ha centrado la reforma son las siguientes: funciones judiciales en relación con el arbitraje²; arbitraje societario; régimen jurídico de los árbitros; idioma del arbitraje; régimen jurídico del laudo, acción de anulación y revisión del laudo³; previsión del arbitraje en relación con los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales; medidas cautelares y arbitraje concursal⁴.

En el presente trabajo nos centraremos en las nuevas disposiciones sobre arbitraje (*infra* II), al tiempo que analizaremos la viabilidad del arbitraje en equidad en el ámbito del derecho societario y particularmente la cuestión de si la equidad puede fundamentar la separación de un socio cuando no concurra causa legal o estatutaria al hilo de alguna de las recientes reformas operadas en la Ley de Sociedades de Capital en materia de separación de socios (*infra* III).

II. EL RECONOCIMIENTO *LEGAL* DEL ARBITRAJE SOCIETARIO POR LA LEY DE ARBITRAJE

La reforma producida en la LA por la Ley N° 11/2011 ha consistido en introducir dos nuevos artículos (11 bis y 11 ter) con la siguiente redacción:

“Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario.

1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.

2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral”.

² Marina CEDEÑO HERNÁN, La intervención judicial en el arbitraje en la Ley N° 11/2011 y en la Ley Orgánica 5/2011, de reforma de la legislación arbitral. Arbitraje, vol. IV, N° 3, 2011, pp. 705-728.

³ Ignacio RIPOLL CARULLA, La firmeza del laudo arbitral tras las modificaciones introducidas por la Ley N° 11/2011. Revista del Club Español del Arbitraje, 2011, N° 12, pp. 93-101; María Victoria SÁNCHEZ POS, La validez y eficacia del laudo arbitral a la luz de la reforma de la Ley de Arbitraje. La Ley, N° 7707, 3 octubre 2011, pp. 1-23.

⁴ Mayores detalles: Pilar PERALES VISCASILLAS, La Reforma de la Ley de Arbitraje (Ley N° 11/2011, de 20 de mayo). Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones: Arbitraje, vol. IV, N° 3, 2011, pp. 667-704. Vid. También: Marco DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Tres apuntes sobre la reforma de la Ley de Arbitraje, La Ley, N° 7533, 22 diciembre 2010, p. 14; y Gonzalo STAMPA, La reforma de la Ley de Arbitraje. La Ley, N° 7725, 28 octubre 2011, p. 5.

Artículo 11 ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles.

1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El “Boletín Oficial del Registro Mercantil” publicará un extracto.

2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella”.

Según la Exposición de Motivos de la Ley N° 11/2011, se aclara, mediante la inclusión de dos nuevos preceptos en la Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital. Con la modificación se reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen, y en línea con la seguridad y transparencia que guía la reforma con carácter general, se exige una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje⁵. Junto a ello también se establece que el sometimiento a arbitraje, de la impugnación de acuerdos societarios, puede requerir la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral.

No cabe la menor duda que el legislador español ha mejorado sustancialmente el tratamiento jurídico de esta cuestión en comparación con los proyectos anteriores, restringido alguno de ellos únicamente a las sociedades anónimas y a la materia específica de la impugnación de acuerdos sociales⁶, y en relación también con la normativa existente en el Reglamento del Registro Mercantil (arts. 114.2 y 175.2 c) RRM)⁷ al elevar a rango legal el arbitraje societario, aunque, en mi opinión, debería

⁵ La reforma se circunscribe claramente a los pactos arbitrales estatutarios quedando fuera la sumisión a arbitraje en pactos parasociales. Efectivamente, recordar que el arbitraje puede constar en otra serie de instrumentos como los protocolos familiares, los pactos parasociales, el Reglamento de la junta general, etc. Puede verse sobre estas y otras cuestiones las monografías específicas: M^a Inmaculada RODRÍGUEZ ROBLERO, Impugnación de acuerdos sociales y arbitrajes. Barcelona: Bosch, 2010, pp. 220 y ss.; M^a José CARAZO LIÉBANA, El arbitraje societario. Marcial Pons, 2005; y Pilar PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley N° 60/2003 de Arbitraje y Derecho societario. Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 197-203.

⁶ Anteproyecto de Ley de Arbitraje de 19 febrero 2010 por el que se modificaban los artículos 119 y 122 TRLSA, quedando, por lo tanto, la reforma circunscrita a las sociedades anónimas. Vid. Considerando correcta la ubicación del arbitraje societario en la LA mejor que en la LSA: Miguel GÓMEZ JENE, Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones, 2011 (1), vol. IV, p. 101.

⁷ Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, BOE, núm. 65, 16 marzo 2007. Disposición Final Segunda por la que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil. Vid. Arts. 114.2 c) para las SA y 175.2 c) para las SRL. En dichas disposiciones se establece que en la escritura o en los estatutos los socios podrá constar “el pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria de los socios entre sí y de éstos con la sociedad o sus órganos”. Además de lo anterior, hay que recordar que el art. 11 de la Ley de Sociedades Profesionales que se aplica a toda sociedad civil y mercantil que tenga por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales reconoce en su art. 18 el pacto de arbitraje: “El contrato social podrá establecer que las controversias derivadas del mismo que surjan entre los socios, entre socios y administradores, y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las

haberse ubicado este precepto en la Ley de Sociedades de Capital⁸ por coherencia, por cierto, con la regulación del arbitraje de otras materias mercantiles en su ley especial, como sucede con el arbitraje marcario, en materia de diseño industrial, concursal o defensa de la competencia. Al tratarse de una normativa proyectada que ya critiqué anteriormente me remito a los comentarios al efecto⁹, aunque sí es conveniente resaltar las virtudes y alguno de los defectos en los que incurre la nueva regulación.

2.1. ARBITRABILIDAD SOCIETARIA

La nueva regulación acoge con rango legal y sin limitaciones como regla general el posible sometimiento a arbitraje de los conflictos que se planteen en sede de sociedades de capital¹⁰. Así el art. 11 bis 1º de la Ley de Arbitraje no se limita a un tipo particular de conflictos como sucedía bajo el Proyecto de Ley de 8 septiembre 2010 que sólo se refería a la impugnación de los acuerdos sociales.

La simplicidad de la norma debe ser avalada como también el acogimiento de la total libertad de las partes para someter disputas societarias a arbitraje, así como para decidir el tipo de arbitraje (derecho/equidad; institucional o *ad hoc*). No obstante lo anterior, deberá cuidarse de que la cláusula cubra los aspectos esenciales del convenio para evitar incertidumbres en cuanto a su interpretación¹¹.

relativas a separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje, de acuerdo con las normas reguladoras de la institución”.

También ha de traerse a colación la *Orden JUS/1445/2003, 4 de junio, por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la sociedad limitada Nueva Empresa que asimismo establece como modelo de cláusula en su art. 15 el posible sometimiento a arbitraje*: “Toda cuestión que se suscite entre socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales, y sin perjuicio de las normas de procedimiento que sean legalmente de preferente aplicación, será resuelta ... (a elegir en el lugar del domicilio social y por arbitraje, formalizado con arreglo a las prescripciones legales)”.

⁸ Nótese que con ocasión de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio RCL 2010\1792, BOE núm. 161, 3 julio 2010, no podía incluirse disposición alguna en materia arbitral al no contar el gobierno con la habilitación legal correspondiente que sólo alcanzaba a refundir, aclarar y armonizar el derecho societario preexistente (Disposición Final 7ª de la Ley Nº 3/2009, de 3 de Abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles).

⁹ Pilar PERALES VISCASILLAS, La reforma de la ley de Arbitraje y el arbitraje societario. Derecho de los Negocios, diciembre 2010, Nº 243, pp. 21-23. La propuesta ahí realizada coincide sustancialmente con la Enmienda núm. 19 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. BOCG, IX Legislatura, 22 diciembre 2010, Serie A, núm. 85-15.

¹⁰ Como se sabe el legislador de la LSC acuña legalmente el concepto de sociedades de capital que incluye a las Sociedades Anónimas, Sociedades de Responsabilidad Limitada y Sociedades comanditarias por acciones (art. 1.1 LSC). Por supuesto, quedan incluidas las SA cotizadas. En el Senado hubo alguna enmienda dirigida a que también se regulara el arbitraje cooperativo: Vid. Enmienda núm. 9 del GPp. BOCG, IX Legislatura, 29 marzo 2011, núm. 39, p. 79.

¹¹ Vid. Por ejemplo nuestra propuesta de artículo 11 bis. Arbitraje estatutario: *Los estatutos sociales de las sociedades de capital podrán establecer que las controversias de naturaleza societaria que surjan entre los socios, entre socios y administradores y entre cualesquiera*

A mi juicio son posibles dos interpretaciones de la actual reforma en relación con la arbitrabilidad de las cuestiones societarias:

(i) Sin perjuicio de la regla general establecida en el art. 11 bis. 1º, la cuestión relacionada con la arbitrabilidad de las cuestiones societarias debe sujetarse también al criterio general del art. 2.1 LA, aunque la elevación a norma legal del principio general de sometimiento a arbitraje societario sin limitaciones abona una interpretación restringida de la inarbitrabilidad, al tiempo que una aplicación generosa del principio del *favor arbitris*.

(ii) El devenir histórico de la arbitrabilidad societaria, suficientemente tratada ya por la doctrina¹², evidencia que el propósito del legislador, como se resalta en la propia Exposición de Motivos de “eliminar las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital” y “reconocer la arbitrabilidad de los conflictos que en ellas se planteen”, junto al hecho de que la reforma se incardina en la propia Ley de Arbitraje, es el de reconocer sin excepciones, salvo violación del orden público que siempre sería indisponible, el posible sometimiento a arbitraje de toda disputa societaria. En otras palabras, la ubicación de esta cuestión en la Ley de Arbitraje supone reforzar la arbitrabilidad societaria¹³, por lo que en esta interpretación el art. 2.1 LA no sería de aplicación y, en consecuencia, se desterrarían por completo los argumentos basados en la indisponibilidad de la materia societaria para negar su sometimiento a arbitraje.

Es esta la interpretación que desde nuestro punto de vista debe prevalecer, impidiendo que se incurra en el círculo vicioso de la STS 18 abril 1998 y RDGRN 19 febrero 1998 que, aunque favorables al arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales, dejan a salvo y, por lo tanto, abren la puerta a que se cuestione la arbitrabilidad de aquellos extremos que estén fuera del poder de disposición de las partes. De esta forma se elevaría la seguridad jurídica en esta materia, así como la transparencia, como objetivos perseguidos y declarados por el legislador en el arbitraje societario (véase Exposición de Motivos Ley Nº 11/2011).

2.2. QUÓRUM NECESARIO PARA INTRODUCIR UN CONVENIO ARBITRAL EN LOS ESTATUTOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

La Ley de Arbitraje en su redacción final rebaja el requisito para la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de arbitraje societario, pasando de la unanimidad prevista en proyectos anteriores (art. 11 bis 2

de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a la impugnación de acuerdos sociales, separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, sean sometidas a arbitraje.
Vid. PERALES VISCASILLAS, La reforma de la Ley de Arbitraje, p. 23.

¹² Vid. *Supra* nota 5.

¹³ Parece entender lo contrario: José María ALONSO PUIG, La reforma de la Ley de Arbitraje: avances y retrocesos. *Otrosí*, octubre-diciembre, 2011, Nº 8, p. 19.

Proyecto de Ley 8 septiembre 2010) al voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

La tramitación parlamentaria arrojó diversidad de soluciones propuestas: la mayoría ordinaria¹⁴, la necesaria para la modificación de estatutos¹⁵, o la inoponibilidad del arbitraje a los socios que se hubieran opuesto expresamente a una modificación de los estatutos, por la que se pretendiera introducir o suprimir una cláusula de sumisión a arbitraje¹⁶, o la ya establecida en el proyecto de la unanimidad¹⁷.

En mi opinión, sin duda mejora la nueva redacción del art. 11 bis 2 LA en comparación con proyectos anteriores al no requerirse ya la unanimidad, aunque la redacción no está exenta de críticas.

En primer lugar, porque debería haberse seguido el criterio de la mayoría ordinaria necesaria para la modificación de estatutos y no el de la mayoría super-reforzada –que se exige para determinadas cuestiones de

¹⁴ Enmienda núm. 19 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. BOCG, IX Legislatura, 22 diciembre 2010, Serie A, núm. 85-15.

Las diferentes posturas aparecen en su mayor parte también en la ratificación de la ponencia designada para informar del Proyecto de Ley: BOCG, núm. 710, 22 febrero 2011, pp. 2 y ss.

¹⁵ Vid. Enmienda núm. 7 y 8 del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. BOCG, IX Legislatura, 22 diciembre 2010, Serie A, núm. 85-15, considerando al sustraer el arbitraje de la mayoría se torpedea el arbitraje más que favorecerlo.

En el mismo sentido, Enmienda 38 del Convergència i Unió.

¹⁶ Vid. Enmienda núm. 2 del Grupo Parlamentario Mixto (Rosa María Díez González). BOCG, IX Legislatura, 22 diciembre 2010, Serie A, núm. 85-15.

¹⁷ Vid. Enmienda núm. 55 del Grupo Parlamentario Socialista. BOCG, IX Legislatura, 22 diciembre 2010, Serie A, núm. 85-15.

Como se sabe la unanimidad deriva de la criticada STS 9 julio 2007 que requiere la aceptación de los afectados por el convenio al considerar que el arbitraje implica una restricción de la tutela judicial efectiva. No está de más recordar que la Ley de Arbitraje aplicable era la de 1988 y no la vigente, y que trataba un supuesto muy particular. Vid. Con críticas a la STS 9 julio 2007 y considerando que la regla debía ser la de la mayoría: Rafael ILLESCAS ORTIZ, No va más sobre la arbitrabilidad de las cuestiones societarias. En Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2008, vol. I, N° 1, p. 40; Félix MONTERO, Impartiality of Arbitrators and Conflicts of interest. Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje, 2010, N° 7, pp. 17-18; RODRÍGUEZ ROBLERO, pp. 252-263. La sentencia está disponible en: Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 2010(2), vol.III, pp. 576-585, con nota de Miguel Iribarren, crítico en algún punto, aunque considerando acertada la necesaria aceptación de los socios tanto bajo la LA 1988 como bajo la vigente. Vid. Considerando inaplicable la STS 9 julio 2007 dado que en la modificación estatutaria examinada, en los Estatutos originales no existía limitación a la actuación arbitral, lo que sí sucedía en la STS donde se excluía del arbitraje la impugnación de acuerdos sociales. Vid. SAP Murcia, 27 septiembre 2011 (RA 362703).

Una posición más favorable a la STS: María Teresa MARTÍNEZ MARTÍNEZ, La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007). RDS, 2008-1, pp. 437 y ss.

Vid. Considerando la aplicación de la mayoría con anterioridad a la STS 9 julio 2007: Elías CAMPO VILLEGAS, Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva Ley. Discurso de ingreso en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, pp. 20-21, disponible en: <http://www.ajilc.cat/pdf/discursos/Discurs%20Campo%20Villegas.pdf>.

suma importancia en la vida social, como sucede con las modificaciones estructurales-, en consonancia con la visión de que el arbitraje es el método de resolución de disputas normal u ordinario en el ordenamiento mercantil y no, como parece entender el legislador al requerir exigentes mayorías, una materia de tan extraordinario relieve para la vida societaria que requiere de especial protección exigiendo mayorías tan exigentes para su introducción.

En segundo lugar, porque se ha inclinado el legislador por imponer los mismos requisitos tanto a las sociedades anónimas como a las limitadas, cuando lo cierto es que las mayorías reforzadas difieren para ambos tipos legales bajo la LSC.

En tercer lugar y conectado a lo anterior porque se ha escogido la mayoría reforzada más exigente, adoptando el modelo de las sociedades de responsabilidad limitada que, de este modo, se extiende también a las sociedades anónimas cuando, como hemos comentado, la LSC diseña normas diferentes para unas y para otras¹⁸. En todo caso, y siguiendo lo dispuesto en el art. 200.1 LSC los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la Ley, sin llegar a la unanimidad. En definitiva, las exigentes mayorías requeridas van a hacer inviable que las grandes sociedades con capital disperso –las sociedades anónimas cotizadas, sin duda, estarían en esta categoría– puedan modificar sus estatutos para incluir una cláusula de arbitraje estatutario.

2.3. MEDIDAS DE DEFENSA DEL SOCIO DISCONFORME

El relajamiento en cuanto al quórum necesario según la vigente redacción no lleva aparejada la concesión de medidas de defensa/protección para el socio que vota en contra. Ello va a traer escenas de importantes discusiones en la materia, principalmente si el socio que vota en contra podrá emplear algunas medidas de defensa dirigidas a impugnar la decisión adoptada en la Junta General o a no verse vinculado a la misma, lo que, entre otras, incluye el debate acerca de la constitucionalidad de la norma por la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). La respuesta a esta difícil cuestión va a estar principalmente influenciada por la concepción que se tenga acerca del arbitraje y/o acerca del

¹⁸ Efectivamente se acoge la mayoría reforzada del art.199 b) LSC en relación con la autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. Y ello frente a la correspondiente regla para las sociedades anónimas (arts. 194 y 201.2 LSC: voto favorable de los 2/3 de capital presente o representado en la Junta) o la regla de la mayoría del art. 199 a) LSC: voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital.

consentimiento en el arbitraje que puede verse modulado en función de la sede específica en la que se debate esta cuestión: los contratos plurilaterales de organización donde sus participantes ciertamente no tienen la consideración de consumidores¹⁹.

En relación con las medidas de defensas que se articulan en la LSC consideramos que no resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 292 LSC, que requiere en sede de SRL el consentimiento de los afectados cuando la modificación estatutaria afecte a los derechos individuales de cualquier socio, ya que los derechos de los socios permanecen inalterados por la introducción del convenio arbitral que es un acto neutro y por ello el socio no se coloca en peor situación²⁰. Tampoco puede considerarse de aplicación el art. 291 LSC que requiere el consentimiento de los afectados cuando la modificación de los estatutos implique nuevas obligaciones para los socios. Sin embargo, el socio disconforme tiene abierta la vía de impugnación de los acuerdos sociales (arts. 204-208 LSC), pero no tanto porque la introducción de un convenio arbitral pueda considerarse contrario a ley, los estatutos o que lesionen el interés social, sino porque podría argumentarse su contrariedad con el orden público; acción que bajo el derecho de sociedades es imprescriptible (art. 205.1 LSC). Por este motivo, entendemos que el transcurso de los plazos de impugnación de los acuerdos sociales previstos en la LSC (un año o cuarenta días según los casos) no implica aquiescencia del socio si lo que se pretende es la

¹⁹ En relación con esta cuestión resulta interesante una reciente STEDH, 28 octubre 2010 (TEDH 2010/105), Caso Suda contra Republica Checa, aunque no resulta aplicable a la introducción estatutaria de un convenio arbitral, pues en el caso en cuestión se pactaba un convenio arbitral fuera de los estatutos. El TEDH consideró que existió una vulneración del art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, ya que la cláusula de arbitraje suscrita por terceros (entre los accionistas mayoritarios y la sociedad absorbente), impedía que el minoritario pudiera ser oído por un tribunal que presentara las garantías necesarias. Se invoca el derecho a un proceso equitativo previsto en el artículo 6.1 del Convenio, que dispone: *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente (...) por un tribunal (...) establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)*. “(53) El Tribunal señala que es evidente, aunque el demandante no sometiera el litigio al arbitraje, que el procedimiento arbitral no reunía en este caso dos de las exigencias fundamentales del artículo 6.1, las de la “jurisdicción legal” y la publicidad de los debates. En efecto, la cláusula de arbitraje en litigio confería a unos árbitros inscritos en la lista de una sociedad de responsabilidad limitada la facultad de decidir; no se trataba, por tanto, de un tribunal de arbitraje “establecido por la Ley” (véase, a contrario, Sentencia Lithgow y otros [TEDH 1986, 7], previamente citada, aps. 200-201) (...) (55) En ocasiones se infiere la obligación de los accionistas minoritarios de ceder sus acciones al accionista mayoritario. Para evitar un desequilibrio que abocara al desamparo, arbitraria e injustamente, de una persona en beneficio de otra, el Tribunal estima que procede ofrecer a los accionistas minoritarios unos medios de defensa apropiados. Ahora bien, obligar al demandante en este caso a someter su litigio de carácter patrimonial a un arbitraje que no cumplía las garantías fundamentales del artículo 6.1, garantías a las que el interesado no había renunciado, vulnera, a juicio del Tribunal, su derecho a un tribunal. Por tanto, ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio”.

²⁰ En este sentido: PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y convenio, ob. cit., p. 214. Vid. También: RODRÍGUEZ ROBLERO, p. 256 y la doctrina ahí citada.

nulidad del acuerdo de modificación de estatutos por contrariedad con el orden público constitucional.

Sucede que efectivamente se están alzando voces críticas que cuestionan la constitucionalidad del art. 11 bis 2 LA, en relación con los quórumos necesarios para la introducción de un convenio arbitral vía modificación de estatutos, ya que el socio disconforme con dicha introducción se vería vinculado forzosamente a un convenio arbitral al que no ha prestado su consentimiento, lo que deja la vía abierta para un recurso de inconstitucionalidad.

En este sentido, se ha considerado que debería haberse dejado al socio disconforme un derecho de separación como hace, por ejemplo, el derecho italiano²¹. Sin perjuicio, claro está, que pueda establecerse estatutariamente un derecho de separación para el socio disconforme al amparo del art. 347 LSC aplicable a toda sociedad de capital²², ya sea por este motivo o porque se haya establecido un derecho de separación por justa causa, lo que en este último caso obligaría a discutir si por justa causa de separación tendría cabida el supuesto que nos ocupa, consideramos, sin embargo, que el derecho de separación no resulta el remedio adecuado si lo que se alega es la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva pues la modificación de estatutos que ahora contemplamos se desvincula en cuanto a su fundamentación de los causales legales de separación contemplados en nuestro derecho de sociedades. Tampoco entendemos posible que el socio disconforme pueda alegar la existencia de una justa causa de separación, ni mucho menos entenderse que estamos ante un caso de opresión de las minorías²³.

²¹ Vid. PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y convenio, p. 214, en relación con el derecho italiano. También RODRÍGUEZ ROBLERO, pp 260-262, considerando además de *lege ferenda* el modelo italiano apto para que fuera seguido por el legislador español. También considerando que debería haberse concedido un derecho de separación: Tomás VÁZQUEZ LEPINETTE, La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas: análisis del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. RDM, 283, pfo. 45, ya que ello puede dar lugar a la opresión de la minoría, y nota 69 considerando el art. 11 bis LA de constitucionalidad dudosa a la vista de la STS 9 julio 2007. Al poner el citado autor en conexión esta cuestión con la adopción de un acuerdo social de aplicación del resultado a reservas voluntarias que viole el derecho al dividendo mínimo reconocido por el art. 348 bis LSC nos parece que se confunde la tutela arbitral con el respeto por los árbitros a las normas imperativas y esto nos parece desenfocar la cuestión. Ni hay infracción constitucional ni el arbitraje de derecho o de equidad puede, como hemos señalado, desvirtuar la aplicación de normas imperativas o del orden público. De hecho el propio autor considera que un laudo que confirme un acuerdo social dirigido a destinar a reservas todo el beneficio de ejercicio es contrario al orden público. Por lo tanto, huelgan las antedichas afirmaciones sobre la constitucionalidad de la norma o la concesión del derecho de separación al socio disconforme con la introducción de un convenio arbitral.

²² Se ha cuestionado la validez del derecho estatutario en las SA por vicio *ultra vires*: Pablo GUTIÉRREZ-ALVIZ VELASCO, Los excesos del ejecutivo en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. La Ley, Nº 7733, 10 noviembre 2011, pp. 8-9, lo que encuentra cierto sustento en el Dictamen del Consejo de Estado.

²³ Precisamente en el apartado III de este trabajo abordaremos la cuestión de la separación por justa causa cuando el arbitraje es en equidad, consideraciones que en su mayor parte pueden ser aplicables también cuando se pretende un derecho de separación por justa causa

En nuestra opinión, tampoco existe infracción constitucional sin perjuicio de que esta cuestión merece un estudio más detallado y que existen argumentos importantes en contra que ahora no podemos afrontar, aunque sí resaltar que el legislador, al introducir el art. 11 bis y requerir la mayoría reforzada, claramente se aparta del criterio de la STS 9 julio 2007, el cual estuvo presente en proyectos previos, por lo que *prima facie* se entiende que no existiría dicha vulneración constitucional. Recuérdese que la STS 9 julio 2007 se dicta bajo la LA de 1988 que contenía mayores exigencias de consentimiento para el arbitraje en comparación con la vigente Ley. No debe tampoco perderse de vista el marco contractual en el que se desenvuelve la cuestión: los contratos plurilaterales de organización. En este marco de relaciones jurídicas societarias, sus participantes conocen de antemano las reglas que rigen la adopción de acuerdos, siendo que las sociedades de capital se rigen, como es bien sabido, por la regla de la mayoría, no por la unanimidad ni por la tiranía de la minoría, lo que aparejado con la expresa regulación del quórum preciso para la introducción sobrevenida de un convenio arbitral en los estatutos, junto con la progresiva flexibilidad que se observa en materia de sometimiento al arbitraje²⁴, podría llevar a considerar que el art. 11 bis 2 LA no infringe el art. 24 CE.

Sea como fuere, ante la alarma que en los círculos arbitrales está suscitando esta cuestión, ante el desgaste que podría sufrir la institución arbitral y ante el posible efecto negativo contra el arbitraje societario, si se entiende que las dudas de inconstitucionalidad podrían quedar silenciadas mediante la introducción de un derecho de separación, podría considerarse su introducción por el legislador como mal menor.

2.4. LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Especial mención realiza el legislador a la impugnación de acuerdos sociales, evidenciándose una discrepancia entre el texto de la Exposición de Motivos, que parece exigir por motivos de seguridad y transparencia que el sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos societarios sea mediante un arbitraje administrado, por lo que parecería vedarse el arbitraje *ad hoc*, y el propio texto de la norma que meramente reconoce la posibilidad de que dicha impugnación de acuerdos sociales se pueda

en sede judicial. Nótese que en algún ordenamiento se considera que los remedios por opresión no son arbitrables, pero sí las determinaciones a las que llegue el tribunal arbitral en relación con la interpretación y los hechos que llevan a la misma. Así, por ejemplo, en Canadá: *Supreme Court of British Columbia*, 2011, BCJ N° 1268.

²⁴ Vid. Pilar PERALES VISCASILLAS, La presunción legal de sometimiento al arbitraje. En Tratado de Derecho Arbitral, Tomo II. El Convenio Arbitral. Carlos Alberto Soto (Director). Lima, 2011. Id., Contratos de distribución internacional y arbitraje. En A. Jorge Viera González y Joseba Aitor Echevarría Sáenz. Distribución comercial y derecho de la competencia. La Ley, 2011, pp. 45-102.

realizar bajo un arbitraje administrado. En esta falta de relación, y aun a riesgo de considerar superfluo el precepto –lo que tampoco debe extrañarnos ante la deficiente técnica legislativa que impera en nuestro país–, debe lógicamente primar el texto no imperativo del art. 11 bis 3 LA²⁵, máxime si, como parece intuirse, el legislador erróneamente conectaba arbitraje en equidad (prohibido en el Anteproyecto de Ley) y arbitraje *ad hoc*. Desaparecida la limitación del arbitraje en equidad no tiene sentido que persista la prohibición del arbitraje institucional en sede de impugnación de acuerdos sociales, máxime porque a nuestro juicio no existe ni una sola razón de política legislativa que justifique la prohibición del arbitraje *ad hoc*, careciendo de sentido fundamentar la prohibición en relación con la defensa del minoritario frente al mayoritario en punto a la elección de los árbitros²⁶. En todo caso, de admitirse dicha prohibición estaría circunscrita exclusivamente a la impugnación de acuerdos sociales en sede de sociedades de capital, quedando a salvo la validez de los convenios arbitrales anteriormente incluidos en los estatutos de las sociedades de capital.

2.5. INSCRIPCIÓN DEL LAUDO

Buena acogida ha de dársele al artículo 11 ter que exige, con buen criterio, que el laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible se inscriba en el Registro Mercantil y que el BORM (Boletín Oficial del Registro Mercantil) publique un extracto coherentemente con el art. 208 LSC para las sentencias estimatorias de impugnación²⁷.

²⁵ Parece también entenderlo así, aunque con ciertas dudas: STAMPA, ob. cit., p. 6. En contra: ALONSO, ob. cit., p. 19; y SÁNCHEZ POS, ob. cit., p. 2, considerando, aunque de forma crítica, que la Ley de Arbitraje excluye de forma imperativa los arbitrajes *ad hoc* en materia de impugnación de acuerdos sociales.

²⁶ En el arbitraje *ad hoc* si no existe una autoridad nominadora designada en el convenio arbitral –por cierto no resulta infrecuente que la autoridad nominadora sea una institución arbitral– y a falta de acuerdo entre las partes, el nombramiento de árbitros recae en el juez competente. Por ello no alcanzamos a comprender que la elección de árbitros pueda ser el motivo que fundamente una prohibición del arbitraje *ad hoc*. Ciertamente que resulta posible que el nombramiento de árbitros pueda alargarse en un arbitraje *ad hoc* cuando el nombramiento queda finalmente en manos de los jueces, pero esto no puede implicar un perjuicio para el minoritario cuando puede solicitar como medida cautelar la suspensión del acuerdo que se impugna.

Por otra parte, quizá la pretendida prohibición del arbitraje *ad hoc* pueda venir por el hecho de que la cláusula modelo en esta materia partía de un arbitraje institucional como modelo, lo cual no implicaba que se entendiera vedado el arbitraje *ad hoc*. Vid. Acuerdo al que llegaron las Cámaras de Comercio, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores por el que se establecía una cláusula modelo de arbitraje estatutario que recibió aprobación de la DGRN mediante Resolución de 1 octubre 2001.

²⁷ Así lo propuso la Enmienda núm. 19 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. BOCG, IX Legislatura, 22 diciembre 2010, Serie A, núm. 85-15. La norma está en línea con lo dispuesto por el art. 208 LSC. Solución que ya había propuesto la doctrina: PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y convenio arbitral, ob. cit., pp. 177-183.

Se prescinde de la necesaria protocolización del laudo para su inscripción en el registro cuando el acuerdo anulado constara en documento notarial como al efecto exigía el Proyecto de Ley de 8 septiembre 2010. Ello parece resultar coherente con la regulación en esta materia y, en consecuencia, entenderse que estamos ante una excepción legal como requiere el art. 18.1 CCo y el art. 5.1 RRM²⁸.

Igualmente atendible es la regla prevista en el párrafo segundo del art. 11 ter que señala que cuando el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

III. EL ARBITRAJE SOCIETARIO EN EQUIDAD, EN PARTICULAR SOBRE LA SEPARACIÓN DE UN SOCIO EN EQUIDAD

Entre las materias objeto de reforma por la Ley N° 11/2011, no se encuentra finalmente, pese a estar inicialmente proyectada, la eliminación del arbitraje en equidad en el ámbito del arbitraje doméstico, lo que debe considerarse un acierto, y posibilita que podamos realizar una reflexión sobre esta cuestión que tiene particular importancia en el marco del arbitraje societario.

Desde nuestro punto de vista, la supresión del arbitraje de equidad habría sido incoherente con la subsistencia del arbitraje de consumo en equidad²⁹ y con la regulación del arbitraje en el ámbito internacional, y además un grave error que se fundamentaba sin conexión alguna por razón de la proyectada regulación de la mediación³⁰ o en motivos de seguridad y eficacia³¹. La supresión hubiera implicado la desaparición de una institución de gran tradición en nuestro sistema jurídico al haber

²⁸ Artículo 18.1 CCo: La inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. Sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil.

Artículo 5 RRM: 1. La inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. 2. La inscripción sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en este Reglamento.

²⁹ Vid. Artículo 33.1 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo: "El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho".

³⁰ Vid. Sin embargo: GÓMEZ JENE, pp. 97-98. Por el contrario, sosteniendo que se trata de una grave equivocación: DE BENITO, p. 14; STAMPA, p. 5; y Associació per al foment de L'arbitratge (AFA), Carlos Valls/Andrea Nuvoli, Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Arbitraje, pp. 18 y ss, disponible en www.afa.cat.

³¹ Así la Exposición de Motivos: "La regulación de la mediación propicia que este tipo de arbitraje [equidad] se traslade a dicha institución, donde el acuerdo descansa en las partes y encuentra su lugar en la figura del amigable componedor. De este modo se potencia la idea del arbitraje como solución alternativa cuasijurisdiccional de conflictos que, sin perjuicio de la necesaria ponderación de la equidad en su aplicación, debe sustentarse necesariamente en Derecho". Vid. Art. 6.1 Proyecto de Ley 8 septiembre 2010: "Los árbitros sólo decidirán en

sido la regla general hasta la Ley N° 60/2003³² y que, además, goza de absoluto respaldo a nivel internacional especialmente en la Ley Modelo CNUDMI (art. 28), interfiriendo de forma grave en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, por lo que no extraña que durante la tramitación parlamentaria este punto fuera objeto de severas críticas por los grupos parlamentarios³³.

En materia de arbitraje societario es clásica la discusión acerca de si debe restringirse a los arbitrajes únicamente de derecho, quedando vedado en este marco el arbitraje de equidad. La discusión se enlaza con cuestiones relacionadas con el contexto normativo, imperativo en muchos casos, en que se mueve el derecho societario, que haría poco aconsejable e incluso altamente inconveniente el arbitraje de equidad.

Entendemos, sin embargo, que en nuestro ordenamiento jurídico es posible un arbitraje de equidad para dirimir controversias societarias. Laudar en equidad no significa arbitrariedad³⁴, sino decidir “*conforme al leal saber y entender de los árbitros*”³⁵, lo cual implica, sencillamente, la posibilidad de apartarse de las normas legales de aplicación, siempre dentro de los

equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello y se tratare de un arbitraje internacional”.

³² De hecho un sector doctrinal criticó duramente la preferencia de la Ley N° 60/2003 por el arbitraje de derecho frente al de equidad. Vid. Silvia BARONA VILAR, Artículo 37. En Silvia Barona Vilar (coord.). Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley N° 60/2003, de 23 de diciembre). Thomson/Civitas, 2004, pp. 1204-1210.

³³ Vid. Las severas críticas de la Enmienda núm. 11 del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds; Enmienda núm. 24 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso; Enmienda núm. 43 de Convergència y Unió; Enmienda núm. 73 de EAJ-PNV. BOCG, IX Legislatura, 22 diciembre 2010, Serie A, núm. 85-15 (Las enmiendas aparecen publicadas también en Arbitraje. Revista de Arbitraje comercial y de inversiones, 2011(2), vol. IV, pp. 487-526. Resaltando algunos de los grupos que la supresión produciría el efecto perverso de hacer el arbitraje de peor condición que la jurisdicción, pues no podría operar el art. 1154 CC en relación con la moderación de la pena (véase Enmiendas núm. 11 y núm. 43).

³⁴ Además como recientemente ha señalado la SAP Madrid, 30 junio 2011 (sección 12) (RA 347818) en relación con la independencia e imparcialidad de los árbitros que: “*la exigencia, tanto formal como efectiva, de la imparcialidad e independencia de los árbitros debe ser aún más acusada en los arbitrajes de equidad, y ello, en primer término, porque, si bien con sujeción al marco normativo que las partes puedan señalar a los árbitros, en todo caso, al someter la decisión de la controversia a la equidad, es decir, y en esencia, al sentido de justicia que los árbitros tengan, obviamente será la confianza de las partes en su plena objetividad el pilar básico sobre el que descansa la aceptación de que el resultado del litigio habrá obedecido a una decisión correctamente adoptada; en segundo lugar, al someter la resolución de la controversia a equidad el ámbito del arbitrio del juzgador es más intenso en los arbitrajes de equidad que en los de derecho, lo cual refuerza la necesidad de que los árbitros carezcan de vínculos o relaciones con las partes que permitan cuestionar su independencia e imparcialidad*”.

³⁵ Por todos: MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, Si puede anularse el laudo de Derecho por infracción de normas y el de equidad por ser inequitativo. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid: Fundación Registral, 2010, p. 20. Indica la Exposición de Motivos de la Ley N° 60/2003 de Arbitraje que son sinónimos a la equidad los términos “en conciencia”, “ex aequo et bono” y “amiable compositeur”. Vid. Considerando perfectamente posible el arbitraje de equidad para disputas societarias: SAP Guipúzcoa (Sección 2), 16 abril 2009 (RA 284126).

límites de la norma imperativa³⁶ y, sobre todo, del orden público³⁷. En este sentido resulta paradigmática la normativa en materia de consumo donde, como hemos indicado, la regla general es la del arbitraje en equidad pese a que la normativa en materia de consumidores es altamente imperativa, y así el art. 34.2 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, señala que: “Las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones del contrato servirán de apoyo a la decisión en equidad que, en todo caso, deberá ser motivada”.

Existe también acuerdo en que laudare en equidad no puede en modo alguno implicar arbitrariedad en la decisión³⁸, y sí requiere un “*fallo congruente por parte de los árbitros que no pueden desatender lo pactado por las partes*”³⁹.

Esa decisión tomada según su leal saber y entender significa que en materia de arbitraje societario los árbitros no podrán desconocer el marco legal societario porque, como señala el art. 34.3 LA, es aplicable también a los arbitrajes de equidad⁴⁰:

“En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables” (subrayado nuestro)⁴¹.

³⁶ ANTONIO HIERRO/RAFAEL HINOJOSA, Artículo 34, en JULIO GONZÁLEZ SORIA (coordinador). Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 2003” Madrid: Thomson-Aranzadi 2004, p. 384; Miguel GÓMEZ JENE, Artículo 34, en DAVID ARIAS (coordinador). Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003. Pamplona: Aranzadi, 2004, p. 326; CARLOS ESPLUGUES, Artículo 34, en Silvia Barona (coordinadora). Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley Nº 60/2003, de 23 de diciembre). Madrid: Civitas, 2004, p. 1116.

STS 22 junio 2009 (RA 4703): “La aplicación de la equidad no supone, como ha declarado esta Sala, prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo (según la STS de 30 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3853) la jurisprudencia no declara que los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo, sino que viene a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa), sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extrasistemático para fundar la argumentación (...)”.

³⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer, 2003, Nº 18-91.

³⁸ ANTONIO HIERRO/RAFAEL HINOJOSA, Artículo 34. En Julio González Soria (coord.), p. 384.

³⁹ ESPLUGUES, Artículo 34, en Silvia Barona (coord.), p. 1117.

⁴⁰ Es apreciación común considerar que el art. 34.3 Ley de Arbitraje se aplica al arbitraje de equidad (FERNANDO MANTILLA-SERRANO “Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional”. Madrid: Iustel, 2005, p. 193), como lo es también en el ámbito del art. 28.3 Ley Modelo (LEW/MISTELIS/KRÖLL, Nº 18-86). Vid. También: ESPLUGUES, Artículo 34, p. 1133, al referirse al citado precepto de la Ley de Arbitraje, indica que: “*La referencia a las estipulaciones del contrato es lógica* dado que en el mismo se refleja en toda su plenitud la voluntad de las partes, *vinculándose las mismas a su cumplimiento de acuerdo con el principio pacta sunt servanda*”. O como indica MANTILLA-SERRANO, p. 193, en relación con el mismo precepto: “*se consagra la importancia del principio de pacta sunt servanda, de tal manera que en ningún caso, ni siquiera cuando disponga del poder de decidir en equidad, podrá el árbitro ignorar las estipulaciones contractuales entre las partes o modificarlas*”.

⁴¹ Se trata por lo demás de una disposición plenamente admitida en el arbitraje comercial internacional, pues deriva del art. 28.3 Ley Modelo de la CNUDMI. Vid. Igualmente: Art. 15 OHADA Uniform Act on Arbitration; Art. 17.5 Reglas Arbitraje ICC; y Art. 33.3 Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL (1976) o art. 35.3 (2010). En todos ellos se ordena a los árbitros que observen las estipulaciones del contrato. Vid. Considerando que en el arbitraje de equidad los árbitros no pueden prescindir del contrato entre las partes: LEW/MISTELIS/KRÖLL, Nº 18-88,

Es decir, la decisión en equidad ha de estar en consonancia con las estipulaciones del contrato, lo cual es lógico ya que evidencia la voluntad de las partes. En el caso del arbitraje societario, ello significa tener en cuenta las previsiones de la escritura y de los estatutos⁴², los cuales, generalmente incorporarán directa o indirectamente las leyes societarias españolas.

En consecuencia, el árbitro deberá necesariamente tener en cuenta al dictar un laudo de equidad las disposiciones legales societarias, hoy contenidas en la LSC, al tratarse del acuerdo de las partes, máxime cuando dichas disposiciones constituyen los principios configuradores del tipo. Precisamente entre los principios configuradores del tipo de la sociedad de responsabilidad limitada está el de ser una sociedad esencial y tendencialmente cerrada (como al efecto indicaba la Exposición de Motivos de la LSRL de 1995), con un marco legal que propicia la salida de los socios mediante mecanismos específicos: la venta de las participaciones o el ejercicio de un derecho de separación ampliamente configurado de forma legal, con la posibilidad de una amplia configuración y concreción estatutaria. Es el orden público societario –que funciona aquí claramente como un límite a la arbitrabilidad– el que impide que, fuera del acuerdo estatutario o legal, se amplíen los mecanismos de salida típicamente estructurados en las sociedades de responsabilidad limitada, mediante la invención de un derecho de separación o de salida del socio.

Iguales consideraciones deben realizarse en sede de sociedades anónimas, pues aunque aquí el tipo legal es el de una sociedad esencialmente abierta, los mecanismos de salida son idénticos a los indicados en las SRL, con la lógica diferencia de configuración pues, como es bien sabido en la SA rige el principio de libre transmisibilidad aunque con posibilidad de restricción estatutaria⁴³, y en cuanto al derecho de separación el régimen jurídico en gran medida ha quedado unificado en los nuevos arts. 346, 347 y 348 bis LSC, a los que hay que añadir el régimen contenido en la Ley N° 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

quienes, incluso, consideran que: “*amiable compositeurs* must comply with the provisions of the contract, even if that could lead to an inequitable result” (id., N° 18-93).

⁴² Posición adoptada por la doctrina que ha estudiado el tema. Vid. PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y convenio arbitral, pp. 230-231 en igual sentido que en el texto; Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005. RDS, 2006, N° 26, p.298: “Resolver en equidad no equivale desde luego a disfrutar de una dispensa para inaplicar la ley imperativa cuando parezca oportuno al árbitro. Tampoco autoriza al árbitro para eludir las normas contenidas en estatutos o en un pacto parasocial”.

⁴³ Como bien ha señalado la STS 10 enero 2011, La Ley, N° 7627, 11 mayo 2011, no son admisibles, por traspasar el límite de los principios configuradores, aquellas cláusulas estatutarias que supongan una auténtica desnaturalización del tipo societario escogido para el desarrollo del objeto social, al convertir en esencialmente cerrado un tipo de sociedad que es naturalmente abierta. En el caso en cuestión se trataba de incluir una cláusula estatutaria por la que se añadía un derecho de rescate por la sociedad de acciones válidamente transmitidas por razón de la pérdida de control de la sociedad adquirente por los socios o familiares de la sociedad transmitente.

Nuestro derecho de sociedades no configura la ruptura de la *affectio societatis* como causa de separación o salida del socio; ni el derecho ni la equidad pueden por la vía de un (inexistente) derecho de separación por justa causa propiciar la desinversión de las sociedades de capital en perjuicio de los restantes socios, romper la regla básica de irreversibilidad de la inversión y del principio de integridad del patrimonio de la sociedad⁴⁴, cuando aquellos voluntaria y conscientemente eligieron dotarse de un determinado tipo social para el desarrollo de su actividad con unas reglas y unos principios básicos. Reglas y principios básicos, insistimos, de obligado cumplimiento para los árbitros por virtud del art. 34.3 LA.

3.1. EL ARBITRAJE DE EQUIDAD OBLIGA AL ÁRBITRO A APLICAR LAS NORMAS IMPERATIVAS O DE ORDEN PÚBLICO

A) Consideraciones previas sobre el arbitraje de equidad

La vigente LA invierte el criterio preferencial de la anterior Ley de Arbitraje de 1988 por el arbitraje de equidad, sumándose, de este modo, nuestro derecho a la corriente general comparada que establece como regla general los arbitrajes de derecho⁴⁵. Así el artículo 34.1 LA señala que “*los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello*”.

Una vez precisado lo anterior, hemos de ahondar en el significado del arbitraje de equidad y para ello citaremos la SAP Madrid, 24 septiembre 2002, en el ya conocido asunto *Metalibérica c. Traser*. En dicha sentencia se establecen las distinciones entre el arbitraje de derecho y el de equidad:

“se entiende que el arbitraje es de derecho cuando los árbitros para decidir la cuestión litigiosa deben ajustarse al ordenamiento jurídico y a los criterios consagrados legalmente. Mientras que el arbitraje es de equidad cuando los árbitros para decidir la cuestión litigiosa deben prescindir del ordenamiento jurídico y de los criterios legales resolviendo en base exclusivamente a la equidad según su saber y entender” (subrayado nuestro).

Esta distinción que podía tener cierto sentido bajo la Ley de Arbitraje de 1988 en la que la preferencia era por el arbitraje de equidad, no se sostiene bajo la vigente Ley de Arbitraje; por lo que debe rechazar de plano que los criterios de la SAP Madrid, 24 septiembre 2002 puedan ser utilizados para fundamentar un inventado derecho de separación o similar figura.

⁴⁴ Ambos principios enunciados por el STS, 10 marzo 2011 (RA 2765).

⁴⁵ Incluso adviértase que algunos ordenamientos jurídicos tan próximos a nuestro ordenamiento como es el italiano, prohíben el arbitraje de equidad en materia societaria. Vid. Art. 36 del Decreto Legislativo 5/2003.

B) El arbitraje de equidad no implica desconocer las normas societarias, en particular se deben respetar las normas de orden público

En orden a profundizar en el significado y los límites del arbitraje de equidad, debe quedar claro que bajo la vigente Ley de Arbitraje, no existen arbitrajes de equidad puros, esto es, como señala la SAP Madrid de 24 septiembre 2002, ya citada, aquellos que exclusivamente se van a decidir conforme al leal saber y entender de los árbitros.

Se impondrá, en consecuencia, en gran parte de las situaciones una fusión o combinación entre el arbitraje de derecho y de equidad, como reconoce la Exposición de Motivos (VII) de la vigente Ley de Arbitraje: *“No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación”*⁴⁶.

Lo anterior, en consecuencia, implica aplicar *preferentemente* el sistema societario contenido para las sociedades de capital en la vigente LSC. Ello significa que bajo la LSC no existen mecanismos de salida diferentes de la transmisión de las participaciones o del ejercicio del derecho de separación por motivos legales o, en su caso, estatutarios.

La equidad simplemente no puede subvertir el orden societario establecido en nuestro sistema jurídico societario desde antiguo. En este orden de ideas, si bien el árbitro habrá de aplicar las reglas de derecho, tal y como están formuladas bajo la LSC para las sociedades de capital, ello no impide que utilice la equidad para confrontar el resultado obtenido bajo la aplicación del derecho, en el bien entendido que la equidad no autoriza al árbitro a violentar las normas imperativas o de orden público; normas a las que el árbitro está sometido aunque el arbitraje sea de equidad⁴⁷.

Tal y como hemos indicado la *invención* de un derecho de separación sin existir causa legal o estatutaria que lo justifique implicaría violar el orden público societario (orden público material) por lo que el laudo podría ser objeto de anulación. La equidad simplemente no puede justificar que el árbitro tenga un salvoconducto para saltarse las reglas, principios y fundamentos básicos que configuran a una sociedad de capital. Y a la inversa,

⁴⁶ Vid. PERALES VISCASILLAS, Arbitrabilidad y Convenio arbitral, p. 231; y GALLEGOS SÁNCHEZ, p. 75, quien comentando la frase indicada en el texto de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje señala en relación con el árbitro en equidad: “si no pueden ignorar la norma señalada por las partes, menos estarán en condiciones de excluir las de carácter cogente”.

⁴⁷ En la doctrina por todos: FERNÁNDEZ DEL POZO, p. 298: “La interpretación según la cual el arbitraje de equidad permite al árbitro no aplicar (derogar) normas imperativas es aberrante. Es contraria a nuestro sistema de fuentes del Derecho y no puede encontrar fundamento en el artículo 3.2 CC”; RODRÍGUEZ ROBLERO, p. 96: “Que el árbitro de equidad o amigable componedor no deba aplicar estrictamente las reglas de Derecho no quiere decir que pueda eximirse de la aplicación de las normas de orden público, ya que a nadie le está permitido”; y Eduardo JEQUIER LEHUEDÉ, Arbitraje forzoso, arbitrabilidad y arbitraje societario. Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno y español. Tesis doctoral (inérita). Universidad de Valencia, defendida 17 junio 2010, pp. 443 y ss., y pp. 585 y ss.

un laudo en equidad no puede ser anulado porque se entienda que el árbitro aplicó normas jurídicas y debería haber decidido exclusivamente conforme a la equidad⁴⁸

C) La separación de un socio no fundamentada en una causa legal o estatutaria no puede derivarse de la Ley, la doctrina o la jurisprudencia

Ninguna Ley en nuestro país reconoce que el derecho de separación sin fundamento legal o estatutario pueda ser objeto de arbitraje de equidad. Si bien es cierto que el arbitraje para la resolución de las disputas societarias en el ámbito de las sociedades de capital está plenamente reconocido y admitido –y desde luego hoy lo está en los nuevos artículos 11 bis y ter de la Ley de Arbitraje, no es menos cierto que este reconocimiento no ampara, ni puede hacerlo, tan exorbitada consecuencia, a saber: que la Ley reconoce que se puede decidir en equidad la separación de un socio aunque no se fundamente en una causa prevista en la Ley o en los estatutos⁴⁹.

No existe jurisprudencia que reconozca un derecho de separación fuera de los cauces legales o estatutarios. En este sentido, la doctrina que ampara la posible separación de un socio sobre la base de un arbitraje

⁴⁸ Vid. En este sentido, SAP Alicante, 27 enero 2010 (RA 186311): “La equidad por tanto, difícilmente puede ser distinta a la propia norma cuando prevé en estos casos, la obligatoriedad de la Junta, lo que se explica por el hecho de que no existe, como ya decíamos, contradicción entre derecho y equidad, sino complemento en la medida de lo posible (...). Por tanto, denunciar que el laudo es contrario al orden público porque el árbitro no ha planteado en ningún momento argumentos de equidad para justificar sus pretensiones, supone en este caso, a la vista de los antecedentes que obran en el proceso, en primer lugar, desconocer el verdadero objeto de la controversia, en segundo lugar, confundir la equidad con el propio interés, tercero, contradecir los únicos argumentos de equidad que se contienen en el laudo y que se tachan de incongruentes (...)”. La decisión también enfatiza las distinciones entre el arbitraje en equidad y la conciliación.

⁴⁹ En relación con la posibilidad de articular derechos de salida, ya sea separación u otros, en los estatutos de la sociedad, la cuestión no está exenta de controversia frente a los que consideran que no cabría articular un derecho de separación *ad nutum* en los estatutos, hasta los que entienden que sí pero con ciertas cautelas. Esta la posición que está ganando un cierto consenso desde la RDGRN 25 septiembre 2003 (RA 6340), que aunque negó una cláusula estatutaria de separación *ad nutum* entendió que su reconocimiento podría resultar posible aunque requiere la exigencia de ciertas cautelas en cuanto a procedimiento y plazos, a fin de evitar posibles daños a la sociedad y a terceros. Así también recientemente la RDGRN 2 noviembre 2010 (BOE, 23 noviembre 2010, núm. 283) examinando una cláusula estatutaria de “derecho de salida de los socios”, según la cual éstos podrán vender en cualquier momento total o parcialmente sus participaciones en la propia sociedad y ésta queda obligada a comprarlas. En el caso en cuestión sólo se recurría en relación con el método de valoración establecido en la cláusula, que la RDGRN considera posible dentro del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) aunque no se adecuara al procedimiento previsto en el art. 100 LSRL, pues no estamos ante un derecho de separación legal, sino ante una especie de separación *ad nutum*. Vid. Un reciente comentario: JAVIER IBÁÑEZ ALONSO, Posible admisión de una cláusula de separación *ad nutum* en una SRL y sistema de valoración de las participaciones. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de noviembre de 2010 (RJ 2009, 5678), RDS, 2011, Nº 36.

de equidad suele referirse a un único caso en la materia, el laudo arbitral dictado en el asunto *Metalibérica, S.A. c. Traser, S.A.*, y que conocemos alguno de sus particulares por vía de la acción de anulación resuelta en la SAP Madrid, 24 septiembre 2002, y por el recurso de amparo posterior resuelto por la STC 17 enero 2005⁵⁰.

Un único laudo del cual sólo tenemos información tangencial no puede en modo alguno erigirse en jurisprudencia, ni los árbitros basarse en él para amparar un inexistente derecho de separación; tampoco puede resultar de apoyo la SAP Madrid, 24 septiembre 2002, tanto por su limitado ámbito de fundamentación –recuérdese que se trata de resolver sobre una acción de nulidad del laudo–, como por el hecho de que se trata de una única sentencia que ni siquiera corresponde a nuestro más alto tribunal (la STC no entra en la cuestión que nos ocupa), y sobre todo porque la SAP Madrid realiza consideraciones sobre el arbitraje de equidad bajo la Ley de Arbitraje de 1988 que, como hemos justificado *supra*, no se corresponden a la consideración y la sensibilidad hacia el arbitraje de equidad en el momento presente, pero sobre todo no tiene correspondencia con la propia consideración de la equidad bajo la Ley de Arbitraje.

Recientemente, además, una sentencia de la AP Salamanca ha considerado la cuestión que nos ocupa en relación con el pretendido ejercicio de un derecho de separación de un socio sin causa legal o estatutaria por pérdida de la *affectio societatis*⁵¹, en una situación típica de las sociedades cerradas familiares: la existencia de conflictos entre los socios, en el caso en cuestión unidos por vínculos familiares al ser entre ellos hermanos. A juicio de la SAP Salamanca, 3 noviembre 2010 (RA 2011/15523):

“(..) el nacimiento y ejercicio del derecho de separación requiere necesariamente una justa causa en el sentido señalado por la ley, en su caso, por los estatutos pero está proscrita toda posibilidad de separación sin causa es decir, arbitraria, libre y voluntaria. La configuración de un derecho de separación “Ad nutum” se podría convertir de facto en una manera de burlar restricciones a la transmisión de participaciones que limita sustancialmente las posibilidades de desinversión del socio, permitiendo sobre abandonar la sociedad en cualquier momento sin invocar causa alguna y sin necesidad de tener que buscar adquirentes dentro o fuera de la sociedad y someterse al estricto y formalista régimen de transmisión previsto en la Ley o en los estatutos (...). De admitirse esta separación se forzaría a la adquisición de participaciones por la propia sociedad o bien a su amortización y reducción de capital, con lo que eso puede suponer para la estabilidad patrimonial del ente, ya que el ejercicio reiterado del derecho de separación puede provocar

⁵⁰ Por supuesto no resulta en modo alguno aplicable la STS 10 febrero 1997 (RA 1997/935), que si bien reconoce un derecho de separación por analogía con el art. 225 CCo, lo hace bajo la LSRL de 1953, y así por cierto rechaza su aplicación la SAP Salamanca, 3 noviembre 2010 (RA 2011/15523). Un comentario a la STS: Joseba Aitor ECHEBARRÍA SAENZ, El derecho de separación del socio en la SRL. Comentario a la STS 10 febrero 1997 (RJ 1997,935), RDS, 1997, N° 9, pp. 390-402.

⁵¹ SAP Salamanca, 3 noviembre 2010 (RA 2011/15523).

situaciones de descapitalización que obliguen a realizar aumentos de capital o disolver la sociedad, perjudicando los intereses del resto de los socios, de los acreedores y la seguridad y confianza del tráfico, algo que es muy poco coherente con la dimensión patrimonialista e institucional de la sociedad de responsabilidad limitada en cuanto sociedad de capital”.

En cuanto a la doctrina, son más bien pocos los autores que consideran que el arbitraje de equidad puede fundamentar la existencia de un derecho de separación por justa causa, por lo que ni mucho menos puede ser considerada ésta la doctrina mayoritaria en nuestro país⁵².

3.2. NO EXISTE UNA JUSTA CAUSA DE SEPARACIÓN IMPLÍCITA EN EL DERECHO DE SOCIEDADES

No obstante lo indicado en el apartado anterior, si se considerase que la equidad podría justificar que se decida acerca de la separación de los socios aunque no se fundamente en una causa prevista expresamente en la normativa societaria ni en los estatutos sociales, tendría todavía que decirse qué razón o razones justifican en equidad la separación de un socio.

La base podría hallarse en un implícito (no escrito) derecho de separación por justa causa, que suele enlazarse con las llamadas situación de opresión de la minoría o, si se prefiere, de abuso de la mayoría, como conducta reiterada y sistemática que el grupo mayoritario ejerce sobre el minoritario y que, en la práctica española, se ha concretado especialmente en la falta de reparto continuo y sistemático de los dividendos. La justificación de un derecho de separación por justa causa encontraría apoyo doctrinal principalmente en la obra del profesor Alfaro⁵³, y en diversas disposiciones legales⁵⁴, entre ellas, el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales.

⁵² Entre la doctrina destaca la profesora GALLEGO SÁNCHEZ, pp. 59-60, con apoyo en el laudo del caso *Metalibérica c. Traser*.

⁵³ Jesús ALFARO AGUILA-REAL, *Conflictos Intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada*. RDM, 1996, Nº 222, pp. 1079-1141.

⁵⁴ De algunas de ellas, me he ocupado ya con anterioridad, fundamentalmente el art. 96 o el 30.3 LSRL por lo que me remito a Pilar PERALES VISCASILLAS, *La separación de socios y participes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 92 y ss. Vid. También SAP Salamanca, 3 noviembre 2010 (RA 2011/15523) desterrando la aplicación de dichos preceptos: “Por ello a partir del artículo 30 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no puede justificarse el derecho de separación sin causa interpretando ampliamente el artículo 96 de la misma y no es posible la extrapolación de una norma excepcional para convertirla en norma general y arbitraria por la vía de la autonomía de la voluntad. El artículo 30 tiene como finalidad dar una respuesta excepcional a un problema puntual, protegiendo el interés del socio de no quedar prisionero de sus participaciones. El artículo 96 persigue en cambio la protección de intereses de la minoría frente a determinados acuerdos sociales que se considera trascendentes para el socio, aunque la amplia disponibilidad estatutaria de este derecho de separación hace de él más bien un instrumento de defensa de los intereses personales del socio o socios cuando cambian por cualquier causa las circunstancias societarias o personales que formaron parte de los motivos determinantes de su participación en la sociedad”.

Empero lo anterior, la existencia de un implícito derecho de separación por justa causa es una tesis absolutamente minoritaria en la doctrina española, como al efecto se reconoce por la doctrina, por ejemplo, por Fernández Del Pozo, que al efecto indica:

“La tesis favorable a la existencia de una causa legal “implícita” (por no escrita) de separación/exclusión por justa causa en sociedades limitadas es muy minoritaria”⁵⁵. La existencia de un implícito derecho de separación por justa causa ha sido muy contestada y criticada por la doctrina; citaremos a modo de ejemplo, por la severa crítica que realizan a dicha tesis, a los notarios Bonardell Lenzano y Cabanas Trejo en su monografía sobre la separación y exclusión de socios de las SRL: “osada proposición, más próxima a apriorismos de *lege ferenda* que a argumentos de *lege data*”; “carente de métodos jurídicos ortodoxos”; “argumentación descaradamente efectista”, o que “el autor reincide en anteponer su valoración personal a la efectuada por la Ley”⁵⁶.

O nuevamente Fernández Del Pozo:

“La “invención” arbitral de un derecho de separación del socio –más aún en las anónimas– con sólo fundamento en una “simple” cláusula de arbitraje societario en equidad, por méritos de una delicadísima operación de integración contractual, supone una extralimitación de la función de los árbitros”⁵⁷.

En consecuencia, la tesis mantenida por un sector de nuestra doctrina no sólo no cuenta con apoyo jurisprudencial de ningún tipo, sino que además es muy minoritaria y ha sido ampliamente contestada por el sector mayoritario de la doctrina mercantilista española, máxime cuando consiste en importar a nuestro sistema la jurisprudencia y doctrina alemana sin existir base suficiente para ello⁵⁸.

Para finalizar, y en relación con el art. 13 de la Ley de Sociedades Profesionales, en el que podría buscarse apoyo legal para entender que el

⁵⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, p. 281, nota 42 (subrayado nuestro). En el mismo sentido Tomás VÁZQUEZ LEPINETTE, La protección de las minoría societarias frente a la opresión. Thomson, Civitas, 2007, p. 124: “La tesis favorable a la existencia en nuestro Derecho de una causa legal implícita de separación “por justa causa” es muy minoritaria” (subrayado nuestro).

⁵⁶ Rafael BONARDELL LENZANO/Ricardo CABANAS TREJO, Separación y exclusión de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Aranzadi: Pamplona, 1998, pp. 34-39.

⁵⁷ Id., FERNÁNDEZ DEL POZO, p. 301 (subrayado nuestro). Vid. También PERALES VISCASILLAS, La separación de socios, nota 157, en relación con la tesis del profesor ALFARO: “Los datos indican –la regulación legal y el no acogimiento expreso de un derecho de separación por justa causa– que no estamos en presencia de una laguna legal”.

⁵⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, p. 281: “No parece susceptible de importación a nuestro suelo la doctrina y jurisprudencia germana que postulan la implícita existencia de un derecho corporativo de separación por justa causa”. Vid. También Fernando MARTÍNEZ SANZ, La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 34 y p. 104 nota 124, donde el autor refuta la tesis del profesor Alfaro en cuanto a la similitud entre el derecho español y el alemán; y BONARDELL/CABANAS, p. 37, nota 51. Nótese que en el derecho alemán se permite la disolución de la sociedad por justos motivos a instancia del socio (parágrafo 61.1 GmbHG).

legislador reconoce un derecho de separación por justa causa, no puede ser aplicado en el ámbito de las sociedades de capital. Aunque una sociedad profesional puede adoptar el tipo de una sociedad de capital, lo cierto es que en éstas no nos encontramos en presencia de sociedades cuyo objeto sea el ejercicio colectivo de una profesión, sino de sociedades que pueden adoptar una muy amplia variedad de objetos sociales, incluso de carácter civil y por ello no cabe el trasvase de normas de un *tipo* a otro al no existir ninguna laguna legal en esta materia ampliamente regulada en la LSC. Tampoco existiría la identidad de razón como requisito para la aplicación analógica, pues como se ha resaltado en la doctrina el derecho de separación en las sociedades profesionales se justifica por la carga personal que supone la aportación de los servicios profesionales y la comunidad de trabajo sobre la que se asienta toda sociedad profesional⁵⁹.

A. El derecho de separación debería basarse en una situación de conflicto permanente

Llegados a este punto, y se entendiera pese a lo anterior, que el arbitraje de equidad puede justificar el derecho de separación no amparado en causa legal o estatutaria, debería entrarse a valorar la concurrencia en el caso concreto de una justa causa de separación.

En este caso, la escasa doctrina jurídica que ha tratado el tema considera –ya se le llame separación, denuncia, rescate, compra o venta forzosa– que debe tratarse de una situación de conflicto no meramente coyuntural⁶⁰, sino grave y permanente y supeditada al ejercicio previo de los correspondientes mecanismos societarios y judiciales. En definitiva, la salida del socio debe ser considerada como el último remedio.

B. La salida del socio debe considerarse como el último remedio

Que la salida del socio debe considerarse como último remedio implica que la separación sólo puede activarse cuando el socio ha puesto en

⁵⁹ Vid. Cándido PAZ-ARES, Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada). RCDI, julio-agosto, 1999, N° 653, p. 1268 (también pp. 1270-1271).

⁶⁰ Una situación así podría encontrar remedio en el abuso del derecho. Vid. STS 5 marzo 2009 (RA 1629), donde en una sociedad limitada familiar se anunció la oferta de suscripción de participaciones en la forma legalmente prescrita pero sin notificación o comunicación a la socia (en trámite de separación del otro socio), que por su desconocimiento se ve diluida en su participación a menos de un 5%. El TS considera esta situación como abusiva no obstante la formal legalidad de la actuación social. Vid un comentario: Fernando MARÍN DE LA BÀRCENA GARCIMARTÍN, Opresión de la minoría. STS 1ª DE 5 de marzo de 2009, RDS, 2010-2011, N° 34, pp. 331-346, considerando que la ruptura de la *affectio societatis* no encuentra la respuesta en el derecho de separación pues dicha ruptura no puede incluirse entre las causas legales de separación.

marcha los mecanismos judiciales que correspondan⁶¹. Una vez evidenciada la situación abusiva mediante la condena que corresponda, y presupuesta por lo tanto la reiteración, persistencia y gravedad del abuso, es entonces cuando podría hipotéticamente solicitarse la salida de la sociedad⁶², según la escasa doctrina especializada que ha estudiado el tema, porque no existe jurisprudencia en relación con esta cuestión, y de hecho puede decirse que falta una doctrina jurídica en nuestro país sobre la opresión de las minorías⁶³. Todavía más: la única sentencia que se refiere a las situaciones de opresión como tales en la típica situación de falta de reparto de dividendos, refiriéndose al derecho de separación, iría claramente en contra de lo sustentado por la escasa doctrina que ha analizado la cuestión.

Efectivamente en la SJM de Valencia, 13 julio 2007 (RA 291796), donde el tribunal tras repasar en el derecho comparado las situaciones de opresión, concluye en la típica situación de falta reiterada de reparto de dividendos indicando que:

“En nuestro Derecho, como se ha dicho más arriba, no existe una regulación específica que configure cuál sea la respuesta debida por el Ordenamiento a la apreciación de tal proceder. Pero ello no implica, es claro, que se haya apreciado tal (cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de septiembre de 1997, Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de febrero de 2001, y Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005); y el mecanismo utilizado por nuestra jurisprudencia ha sido la vía de la indemnización por acción individual de responsabilidad. Tal no ataja la problemática ciertamente, porque la conformación personal y la titularidad del capital social hace permanecer –de modo endémico– la situación de tensión mayoría-minoría y precisamente la situación de opresión que se ha analizado. Así las cosas, el mecanismo [la acción individual] se revela precisamente hábil ante la ausencia de mecanismos expresos en nuestra legislación que prevean, vgr., un eventual derecho de separación del socio minoritario” (subrayado nuestro).

⁶¹ Así FERNÁNDEZ DEL POZO, ob. cit., pp. 270 y ss.; PERALES VISCASILLAS, La separación de socios, pp. 136 y ss, ob. cit., p. 153: “Utilizar el derecho de separación como técnica de protección de la minoría ante conductas opresivas no evita tener que acudir a los tribunales para su reconocimiento porque, insistimos, no existe una cláusula general que recoja implícitamente un derecho de separación por justa causa”; id., p. 148, haciendo hincapié en que el socio o socios oprimidos debe haber intentado todos los recursos legales a su alcance; VÁZQUEZ LEPINETTE, La protección, pp. 133-135, considerando necesaria la condena judicial del “opresor”; y Miguel RUIZ MUÑOZ, Los derechos económicos del socio. En La Sociedad de Responsabilidad Limitada. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Madrid: Dykinson, 1998. p.324: “la vía de la separación debe quedar supeditada (...) a la impugnación exitosa de tal acuerdo y la persistencia en la actitud, pues de lo contrario la legitimidad del comportamiento societario privaría de legitimidad (justo motivo) al socio que pretende la separación”.

⁶² Vid. VÁZQUEZ LEPINETTE, La protección, ob. cit., pp. 133-135.

⁶³ Vid. No obstante considerando que implícitamente el nuevo art. 348 bis LSC implícitamente ha introducido en nuestro derecho la doctrina de la opresión, aunque estimando que la vía de la separación no es la adecuada sino una compra o venta forzosa: VÁZQUEZ LEPINETTE, La separación por justa causa, pfs. 1 y ss., considerando pfo. 27 que este precepto ha introducido la vía para que la jurisprudencia española incorpore la doctrina de la opresión.

Es decir, de la SJM citada se deduce claramente que falta en nuestro derecho una doctrina que solucione las situaciones de opresión, que habrán de utilizarse los mecanismos legales societarios (acción de responsabilidad, impugnación de acuerdos, etc.) y que el derecho de separación no puede ser el mecanismo que solucione dicha problemática⁶⁴, al no estar acogido legalmente dicho derecho, a menos, claro está, que se haya previsto estatutariamente⁶⁵.

Así las cosas, el legislador español muy recientemente ha introducido un nuevo precepto en la LSC, el art. 348 bis, por el que se acoge un derecho de separación del socio de las sociedades de capital⁶⁶, excepto en las SA cotizadas, en caso de falta de distribución de dividendos⁶⁷. Si bien el precepto se ha entendido que en su naturaleza jurídica no responde a los caracteres típicos del derecho de separación⁶⁸, reafirma el carácter

⁶⁴ A juicio de la sentencia citada el cauce es la acción individual. Sin embargo, como más adelante recalca la SAP Valencia 6 febrero 2008 (RA 167454), revocando en este punto la anterior y siguiendo a las escasas sentencias que se han referido a cuestiones puntuales de abuso de la mayoría en relación con la falta continuada y sistemática de reparto de dividendos citadas por la SJM, el cauce es la impugnación de los acuerdos lesivos y no la acción individual de responsabilidad. O, si se pretende la nulidad del acuerdo, el abuso del derecho (art. 6 CC). Y así efectivamente es cómo se han solucionado las situaciones de abuso pudiendo observarse una evolución en esta materia. Desde la posición tradicional consistente en negar el derecho al socio al dividendo, al distinguirse entre el derecho abstracto y el derecho concreto al dividendo (SAP Barcelona, 25 julio 1994, comentario de José MACHADO PLAZAS, Derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales y abuso de la mayoría, RDS, 1996, N° 6, p. 297; STS 10 octubre 1996 (RA 7063), y STS 30 enero 2002 (RA 2311), hasta entender que lo anterior debe conjugarse con el carácter lucrativo de la sociedad y que la necesaria protección de la minoría frente al abuso de la mayoría pasa por anular el acuerdo de no reparto (STS 26 mayo 2005, SAP Madrid, sección 28, rollo apelación 166/10; SAP Álava, 19 octubre 2010 (RA 408604), no estimando la íntegra distribución de beneficios, sino la parte que la Junta de forma razonada decida, previa constitución o aplicación de los resultados a reservas legales y voluntarias convenientes; SAP Baleares, 22 diciembre 2010 (RA 2011/106693), y SAP Barcelona, 21 enero 2011 (RA 182705)).

⁶⁵ No resulta infrecuente que la doctrina mercantilista haya mantenido un posible derecho de separación en el caso de ausencia prolongada de reparto de dividendos: Entre otros: MARTÍNEZ SANZ, La separación del socio, p. 104; Josefa BRENES CORTES, El derecho de separación del accionista. Marcial Pons, 1999, p. 167.

⁶⁶ También se ha retocado el art. 346.1 a) LSC que se refería a la sustitución del objeto social como causal de separación, acogiendo ahora, por virtud de la STS 30 junio 2010, la *modificación sustancial del objeto social*, como causa de separación en las sociedades de capital.

⁶⁷ Ley N° 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. BOE, núm. 184, 2 agosto 2011. El nuevo artículo 348 bis LSC señala que:

“1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas”.

⁶⁸ En este sentido: VÁZQUEZ LEPINETTE, La separación por justa causa, N° 19. Y N° 23 considerando la aplicación por analogía del precepto.

lucrativo de las sociedades de capital no está exento de críticas pues supone trastocar en cierto modo la naturaleza jurídica del derecho al dividendo⁶⁹, restringiendo la discrecionalidad de la Junta, por las dudas interpretativas que genera, por los discutibles mecanismos que se están incluyendo en pactos parasociales dirigidos a frenar o incluso disuadir al socio que pretenda separarse, etc. En todo caso, lo cierto es que en relación con la cuestión que nos ocupa en este trabajo, este causal de separación refuerza la tesis aquí mantenida, a saber: que no caben derechos de separación fuera de los cauces legales o estatutarios, y que el arbitraje en equidad no puede ser la vía por la que amparar inexistentes derechos de separación.

⁶⁹ Sobre el particular, Rafael ILLESCAS ORTIZ, El derecho del socio al dividendo en la Sociedad Anónima. Sevilla, 1973.

GOBIERNOS CORPORATIVOS Y DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS: CUESTIONES ACTUALES (DESDE LA LEY N° 20.382) Y REFORMAS PENDIENTES

MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA

Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid

Magíster en Derecho Universidad Complutense de Madrid

Directora Departamento de Derecho Civil, Comercial y

Ciencias del Derecho

Universidad de Talca

Profesora de Derecho Comercial

Universidad de Talca

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 20.382, que introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas¹, modificó recientemente las leyes: N° 18.046, sobre sociedades anónimas (LSA); N° 18.045, sobre mercado de valores (LMV); y el Código de Comercio (CCo.). Uno de los aspectos más relevantes de esta reforma dice relación con la administración de las sociedades anónimas.

Situado en este contexto, el presente trabajo se centra principalmente en el análisis de las relaciones entre gobierno corporativo y administración societaria, examinando el impacto que las recomendaciones y principios de buen gobierno corporativo, emanadas de la OCDE, han provocado en la legislación chilena del Derecho de sociedades, en particular, en la administración de las mismas. Reconociendo *a priori* la amplitud del tema que nos preocupa, nos centraremos básicamente en dos hilos conductores: los gobiernos corporativos y su inspiración en materia de sociedades anónimas o cotizadas, y la administración de estas últimas, vista desde la óptica de los deberes y responsabilidades. La relevancia de ello es

* Doctora y Magíster en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España (*s.c.l. por unanimidad*) Profesora Derecho comercial y Directora Departamento de Derecho Civil, Comercial y Ciencias del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. E mail: mfvasquez@utalca.cl

¹ Publicada en el Diario Oficial el 20 de octubre de 2009. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1007297>

crucial, toda vez que un conocimiento adecuado de lo anterior, posibilita incrementar la seguridad y la confianza en la actividad empresarial y de las inversiones en general.

El objeto concreto es advertir, a partir de las líneas dibujadas previamente, el estado actual de esta regulación y las posibles falencias de aquél, sugiriendo de paso un camino para su optimización. En este sentido, el trabajo que se presenta se hace cargo de revisar la temática de la administración societaria desde una óptica original, en tanto el análisis se efectúa a partir de los cambios introducidos recientemente y las variables orientadoras de esta regulación que aún no han sido asumidas por el legislador. Se añade a ello una preocupación adicional en delimitar adecuadamente cada uno de estos deberes. En atención a las prudentes líneas de extensión permitidas en este trabajo, advertimos que no trataremos aquí las cuestiones relativas al sistema de responsabilidad particular de los administradores, tema que dejamos esbozado para otra oportunidad, dada su especial profundidad e importancia.

A partir del análisis jurídico que aquí se realizará, vislumbraremos que las obligaciones de los directores no se presentan en términos claros en la legislación chilena, por el contrario, ellas se encuentran desperdigadas en el texto normativo sin una especial lógica, a lo que debemos añadir que tal elenco se encuentra incompleto si pensamos en satisfacer los estándares internacionales. De este modo, si bien se ha avanzado en varios sentidos, no podemos sostener que en este ámbito está todo subsanado, muy por el contrario, en nuestra opinión aún existen vacíos y normas que deben perfeccionarse en el futuro, de manera que el presente artículo tiene una intencionalidad declarada en torno a constatar cuáles son estas zonas grises.

En cuanto a la estructura del presente artículo, partiremos por delimitar nociones básicas de gobierno corporativo y sus principios inspiradores; nos detendremos en las reformas introducidas bajo la Ley N° 20.382; para luego revisar detalladamente el elenco de deberes y responsabilidades que existe en la legislación chilena, develando en este camino, las situaciones que deben mejorarse. Finalizaremos con algunas conclusiones.

II. LA CONCEPCIÓN DE LOS GOBIERNOS CORPORATIVOS POR PARTE DE LA OCDE Y SU INFLUENCIA EN LA NORMATIVA CHILENA

1. ROL E IMPORTANCIA DE LOS GOBIERNOS CORPORATIVOS EN EL DERECHO SOCIETARIO

Desde que a finales de 1992 se hiciera público en el Reino Unido el ya histórico “Informe Cadbury” (Informe Comité sobre los aspectos finan-

cieros del Gobierno corporativo)², la problemática del “Buen Gobierno”³ de las sociedades se ha convertido en uno de los temas más relevantes del moderno Derecho de Sociedades⁴. Esto se debe seguramente a la constatación creciente de que la concentración de poder en el ámbito de la administración societaria está necesitada de control y de límites, debido a la aparición de sucesos financieros de elevada repercusión que han puesto de manifiesto la vulnerabilidad de mecanismos tradicionales de supervisión, a lo que se suma una pérdida de confianza en la eficacia de los modelos conocidos. Lo anterior ha desatado una singular “cruzada” para restaurar la transparencia en el gobierno de esos centros, principalmente en las sociedades cotizadas. En la mayoría de los países preocupados de mejorar sus mercados de valores y Derecho societario, se han elaborado Informes de Gobierno corporativo con diversas técnicas y alcances, que incluso han mejorado en algunos aspectos los iniciales⁵.

² Desde los orígenes de la *Vereenigde Oostindische Compagnie* holandesa (Compañía de las Indias Orientales) en 1602, el debate sobre el gobierno corporativo en Europa se ha centrado en los “sistemas de control efectivo de la gerencia de una empresa”. Uno de los hitos más relevantes ha sido el movimiento de la codificación. El inicio de éste puede situarse en 1992 con la publicación en Londres del Informe del Comité de aspectos financieros del gobierno corporativo. Este informe conocido como Caldbury (nombre del Pdte. del Comité) fue el primero de una serie y está actualmente consolidado en el Código combinado que se emitió como anexo a las Reglas de la cotización en sus distintas versiones desde 2003.

³ Dado que no existe un concepto unívoco sobre gobierno corporativo, aquél dependerá de la perspectiva que se utilice a estos efectos. Esto da lugar a dos modelos de gobierno corporativo, por un lado, los legalistas que ven a la empresa como un conjunto de contratos con el propósito exclusivo de servir a sus accionistas y, por el otro, el comunitarista que considera a la empresa como una entidad legal independiente con una responsabilidad más amplia. M. Sava B. THOMAS, “Gobierno corporativo en los Estados Unidos a comienzos del siglo XXI y su posición en el ámbito global”, *Rev. Chilena de Derecho*, Vol. N° 29 N° 3, pp. 661-671 (2002). En EE.UU. el término se refiere, en general, a la relación que existe entre los ejecutivos que manejan una empresa pública, su directorio y sus accionistas. Véase: Jonh H. FARRAR, “The New Financial Architecture and Effective Corporate Governance”, *The International Lawyer*, Vol. 33, N° 4, 1999, pp. 927-954; Robert W. HAMILTON “Corporate Governance in America 1950-2000: Major Changes but Uncertain Benefits”, *The Journal of Corporate Law*, 2000, pp. 349-373.

⁴ Se trata de una materia que depende de muchos factores, no sólo de la cualidad e integridad de los miembros del Consejo de Administración y la determinación de sus deberes de diligencia y fidelidad, sino también del tamaño adecuado del órgano y de su organización, sus respectivos comités (sus nombramientos, remuneraciones y auditoría); buen funcionamiento de los canales comunicacionales; de la estrecha colaboración con los auditores de cuentas; además de muchas otras circunstancias. De este modo, no existe una solución única o ideal porque el derecho de sociedades se desarrolla de una forma diferente en cada sistema (*path dependence*). Véase en detalle la excelente obra de Santiago HIERRO ANIBARRO (Coord.), *Estudios de Derecho de Sociedades y del Mercado de valores*, Libro homenaje a Klaus J. Hopt., Marcial Pons, Madrid, 2010.

⁵ En España por ejemplo, es el caso del Informe Olivencia (Comisión especial para el estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las sociedades: el gobierno de las sociedades cotizadas), hecho público en 1998. Luego le sucedió el Informe Alabama (Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y sociedades cotizadas), de 2003. Recientemente, el Grupo especial de trabajo constituido en el seno de la CNMV para armonizar y actualizar las recomendaciones de los Informes Olivencia y Aldana, ha elaborado el denominado Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG) que se hizo público en mayo de 2006, acompañado de un conjunto de definiciones

En esta línea, la OCDE ha señalado que el gobierno corporativo constituye un elemento clave para aumentar la eficacia económica y potenciar el crecimiento, así como para fomentar la confianza de los inversores. Éste abarca toda una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su consejo, sus accionistas y otras partes interesadas. Adicionalmente proporciona una estructura para el establecimiento de objetivos por parte de la empresa, y determina los medios que pueden utilizarse para alcanzar dichos objetivos y supervisar su cumplimiento. En esta lógica, un buen gobierno corporativo debiera ofrecer incentivos apropiados al cuerpo directivo, para que persigan objetivos que sirvan a los intereses de la sociedad y de sus accionistas, además de facilitar una supervisión eficaz. De la mano de ello, la existencia de un sistema eficiente de gobierno corporativo dentro de una sociedad determinada y dentro del conjunto de la economía, contribuye a generar el grado de confianza necesario para el funcionamiento correcto de una economía de mercado.

En la actualidad la regulación de los gobiernos corporativos tiene relación, junto a otras materias, con los sistemas de deberes establecidos en las legislaciones societarias, donde el régimen de responsabilidad normalmente se estructura sobre la base de la severidad contra el fraude y la indulgencia con la negligencia⁶.

Aunque son muchos los factores que afectan a los procesos de gobierno y de toma de decisiones en las empresas, y a pesar de la importancia de estos factores para el éxito de las mismas a largo plazo, los “principios de buen gobierno corporativo” (en adelante PBGC) se centran en los problemas de gobierno que se generan por la separación entre propiedad y control⁷. No se trata de una cuestión exclusivamente circunscrita

y recomendaciones complementarias de notable interés. Sobre el particular, véase: Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, “Gobierno corporativo. Administración de sociedades mercantiles y responsabilidad”, en *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, (Coord.) Elena PÉREZ CARRILLO, Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 92.

⁶ En este sentido, véase: CÁNDIDO PAZ, Ares, “Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores” (reflexiones sobre la reforma legal en Latinoamérica), en <http://www.oecd.org/dataoecd/34/19/2576714.pdf>, (visitado el 1 de agosto de 2011).

⁷ En general, el gobierno corporativo se ve afectado por las relaciones entre los agentes que intervienen en el sistema de gobierno corporativo, como son los accionistas con poder de control, que pueden ser personas aisladas, sociedades familiares, alianzas en bloque u otras sociedades que actúan a través de un grupo de empresas o de participaciones cruzadas, que influyen significativamente en el comportamiento de la sociedad. Por otra parte, los accionistas individuales si bien no pretenden ejercitar derechos de gobierno, sí les preocupa la posibilidad de no obtener un trato justo por parte de los accionistas con poder de control y el cuerpo directivo. Adicionalmente, los acreedores juegan un papel destacado en diversos sistemas de gobierno, y pueden servir como agentes supervisores de los resultados de la sociedad. Los empleados y otras partes interesadas también desempeñan una función importante a la hora de contribuir al éxito de la sociedad a largo plazo y a los resultados de la misma, mientras los Gobiernos establecen el marco general institucional y legal en materia de gobierno corporativo. El papel de cada uno de estos participantes y la interacción entre los mismos varían enormemente en función del país de la OCDE en el que desarrollen su actividad, y lo mismo ocurre en el caso de los países no pertenecientes a esta organización. Estas relaciones están sujetas, en parte, a las leyes y reglamentos, pero también a

a las relaciones entre los accionistas y el cuerpo directivo, aunque éstas, de hecho, sean el elemento central⁸. Los PBGC deben servir de complemento a un planteamiento más abierto en el ámbito de la realización de inspecciones y balances, en ellos se hace referencia a otras cuestiones que también afectan a los procesos decisorios dentro de una sociedad, como las de carácter medioambiental o ético, y las relacionadas con la lucha contra la corrupción, aunque se tratan de una forma más expresa en otros instrumentos elaborados por la OCDE (entre las que figuran las Directrices para Empresas Multinacionales y el Convenio de Lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales) y por otras organizaciones internacionales.

No existe un modelo único de gobierno corporativo. Así, por ejemplo, en relación a la administración, las estructuras y procedimientos de este órgano varían en cada uno de los países, aún siguiendo las inspiraciones de la OCDE⁹.

2. DIRECTRICES DE LA OCDE EN MATERIA DE GOBIERNOS CORPORATIVOS CON ESPECIAL INFLUENCIA SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DEL DIRECTORIO DE LAS SOCIEDADES

Cualquier país que pretenda ingresar al selecto grupo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹⁰, debe atender a sus especiales orientaciones y exigencias en diferentes ámbitos. Desde la óptica societaria, este organismo pone especial acento en la integridad de las corporaciones, las instituciones financieras y los mercados, en tanto aquéllos son considerados cruciales para la salud y la estabilidad de las economías del mundo. Por esta razón, ha trabajado con distintos sectores (públicos y privados) durante más de una década a fin de mejorar el gobierno de las compañías colaborando con los gobiernos, reguladores y empresas en optimizar el marco legal, institucional y regulatorio.

la adaptación voluntaria y, lo que es más importante, a las fuerzas del mercado. El grado de observancia de principios básicos en materia de buen gobierno corporativo por parte de las sociedades, es un factor con creciente importancia a la hora de adoptar decisiones sobre inversión. Para mayor detalle, véase: <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf> (visitada el 1 de agosto de 2011).

⁸ En algunas jurisdicciones, las cuestiones relativas al gobierno también surgen a partir del dominio que una serie de accionistas con poder de control ejercen sobre los accionistas minoritarios. En otros países, los empleados cuentan con importantes derechos legales con independencia de sus derechos de propiedad.

⁹ Algunas legislaciones aplican un sistema de dos niveles, asignando la función supervisora y la función de gestión a dos órganos diferentes (Por lo general, los primeros disponen de un "Consejo de Supervisión", compuesto por miembros no-ejecutivos y de un "Consejo de Administración" compuesto exclusivamente por ejecutivos), mientras que otras disponen de Consejos "unitarios", que reúnen a los miembros ejecutivos y no-ejecutivos en un mismo órgano. En otros países existe un órgano estatutario adicional encargado de la auditoría.

¹⁰ Véase: <http://www.oecd.org/>

En este contexto han resultado fundamentales los PBGC¹¹ que establecen reglas específicas de conducta comercial para las compañías registradas en las bolsas de valores. La finalidad de estos principios es la servir de marco común colaborativo de los gobiernos de los países miembros y no-miembros de la OCDE en la tarea de evaluar y perfeccionar sus marcos legales, institucionales y reglamentarios aplicables al gobierno corporativo en sus respectivos países, y la de ofrecer orientación y sugerencias a las Bolsas de valores, los inversores, las sociedades y demás partes que intervienen en el proceso de desarrollo de un modelo de buen gobierno corporativo. Los Principios centran su atención sobre las sociedades con cotización oficial, tanto financieras como no financieras, no obstante, y en la medida en que resultasen aplicables, podrían constituir también un instrumento muy útil para mejorar el gobierno corporativo en sociedades sin cotización oficial, tales como las empresas de propiedad privada y las empresas propiedad del Estado.

Estos principios se utilizan ampliamente en todo el mundo como un punto de referencia para el establecimiento de normas y la identificación de mejores prácticas en la materia, de manera que podemos afirmar que se trata una forma más de armonización del derecho especialmente en el área privada. Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE fueron respaldados por los Ministros de la OCDE en 1999¹². Desde entonces, se han convertido en una referencia ineludible para los responsables políticos, inversores, empresas y otras partes interesadas de todo el mundo. Han anticipado la agenda del gobierno corporativo, proporcionando una orientación específica para la puesta en marcha de iniciativas de carácter legislativo y reglamentario tanto en países de la OCDE como en otros no-miembros. Constituyen, además, la base para un extenso programa de cooperación entre la OCDE y los países que no pertenecen a la misma, a la vez que sirven de apoyo al componente de gobierno corporativo de los Informes sobre la Observancia de Códigos y Normas (ROSC) del Banco Mundial/FMI. Estos principios tienen un carácter no-vinculante, y no pretenden la incorporación de disposiciones detalladas en las legislaciones nacionales. Su propósito, más bien, es servir como punto de referencia.

¹¹ La última versión de estos principios data del año 2044, véase: http://www.oecd.org/topic/0,3373,en_2649_34813_1_1_1_1_37439,00.html

¹² Inicialmente, los Principios de Gobierno Corporativo se elaboraron en respuesta a un llamamiento del Consejo de la OCDE tras una reunión celebrada, a nivel ministerial, los días 27 y 28 de abril de 1998, en el que se requería el desarrollo de un conjunto de normas y directrices en materia de gobierno corporativo, conjuntamente con los Gobiernos nacionales, con otras organizaciones interesadas y con el sector privado. Desde la aprobación de los Principios en 1999, éstos han constituido la base de las iniciativas en el ámbito del gobierno corporativo puestas en práctica tanto en los países de la OCDE como en los países no-miembros. Por su parte, el Foro sobre Estabilidad Financiera los ha adoptado como una de las Doce Normas Fundamentales para garantizar unos Sistemas Financieros Sanos. Y por consiguiente, constituyen también la base del componente de gobierno corporativo de los Informes sobre la Observancia de Códigos y Normas (ROSC) del Banco Mundial/FMI.

En la actualidad, los Principios han sido objeto de una profunda revisión con el fin de adaptarlos a los últimos acontecimientos y experiencias vividos en los países miembros y no-miembros de la OCDE¹³.

Ahora bien, en lo que nos interesa, el principio VI, sobre “*Las Responsabilidades del Consejo*” (entiéndase órgano administrador), dispone que el marco para el gobierno corporativo deberá garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección ejecutiva por parte del Consejo y la responsabilidad de éste frente a la empresa y los accionistas. De acuerdo a esta directriz, este órgano es responsable de controlar los resultados de la gestión ejecutiva y de la obtención de una rentabilidad adecuada para los accionistas, evitando simultáneamente la aparición de conflictos de interés y estableciendo un equilibrio entre las exigencias concurrentes hacia la sociedad. Para que los órganos administradores puedan cumplir eficazmente con sus obligaciones, deben estar facultados para realizar juicios objetivos e independientes. Otra responsabilidad importante de este cuerpo es la supervisión de los sistemas diseñados para garantizar que la sociedad cumpla la legislación aplicable, incluidas las leyes tributarias, de competencia, laborales, medioambientales, de igualdad de oportunidades, sanitarias y de seguridad. En algunos países, han comprobado lo útil que resulta la articulación expresa de las responsabilidades asumidas por parte de los administradores, así como de aquellas sobre las que la Dirección deba rendir cuentas, tanto a la sociedad, sus accionistas, y otras partes interesadas, incluidos los de los empleados, acreedores, clientes, proveedores y comunidades locales (por ej., políticas medioambientales).

Lo anterior implica que los administradores deban actuar disponiendo siempre de la información más completa, de buena fe, con la diligencia y atención debidas y en el más alto interés de la sociedad, de los accionistas y empleados, así como del interés público. Este principio establece los dos elementos fundamentales del deber fiduciario de los miembros de este órgano: el deber de diligencia y del deber de lealtad. El primero exige a los miembros que actúen disponiendo siempre de toda la información necesaria, de buena fe, con la diligencia y atención debidas. El deber de

¹³ Esto se debe, según la OCDE, al hecho que los responsables políticos son ahora más conscientes de la aportación del buen gobierno corporativo a la estabilidad de los mercados financieros, a la inversión y al crecimiento económico. Las empresas son capaces de comprender mejor en qué medida el buen gobierno corporativo contribuye a potenciar su competitividad. Los inversores, y en especial las instituciones de inversión colectiva y los fondos de pensiones que actúan en calidad de fiduciarios, comprenden que tienen un papel que desempeñar a la hora de garantizar prácticas de buen gobierno corporativo, defendiendo así el valor de sus inversiones. Las empresas desempeñan un papel central en nuestras economías, donde se ha incrementado la confianza en las instituciones del sector privado para que administren nuestros ahorros personales y nos garanticen unos ingresos tras nuestra jubilación, de modo que el buen gobierno corporativo es un factor importante para sectores cada vez más amplios de la población. Para una versión en español de los principios de la OCDE: <http://www.oecd.org/dataoecd/47/25/37191543.pdf>

lealtad, en cambio, tiene por objeto la aplicación eficaz de otros principios contenidos en este documento, relativos, entre otros, al trato equitativo a los accionistas, al control de las operaciones de partes vinculadas y al establecimiento de una política retributiva para directivos principales y miembros del Consejo. De la mano de aquél, los administradores que actúan dentro de la estructura de un grupo de sociedades deben tener claro que han contraído su deber de lealtad con la sociedad y con la totalidad de sus accionistas, y no con la sociedad que controla el grupo¹⁴.

Tal principio se desglosa de la manera que sigue:

A. Los miembros del Consejo deberán actuar disponiendo siempre de la información más completa, de buena fe, con la diligencia y atención debidas y en el más alto interés de la sociedad y de los accionistas.

B. En los casos en los que las decisiones del Consejo puedan afectar de forma diferente a distintos grupos de accionistas, el Consejo deberá conceder un trato justo a todos los accionistas.

C. El Consejo deberá aplicar unos niveles de ética muy elevados. Deberá tener siempre en cuenta los intereses de las partes interesadas.

D. El Consejo deberá desempeñar determinadas funciones clave, que incluyen: 1. La revisión y orientación de la estrategia de la empresa, de los principales planes de actuación, de la política de riesgos, de los presupuestos anuales y de los planes de la empresa; el establecimiento de objetivos en materia de resultados; el control del plan previsto y de los resultados obtenidos por la empresa; y la supervisión de los desembolsos de capital, las adquisiciones y desinversiones de mayor cuantía; 2. El control de la eficacia de las prácticas de gobierno de la sociedad, y la introducción de los cambios necesarios; 3. La selección, la retribución, el control y, en su caso, la sustitución de los directivos principales, y la supervisión de los planes de sucesión; 4. El alineamiento de la retribución a los directivos principales y miembros del Consejo con los intereses de la sociedad y de los accionistas a largo plazo; 5. Garantizar la formalidad y transparencia del proceso de propuesta y elección de los miembros del Consejo; 6. El control y gestión de conflictos potenciales de interés entre directivo, miembros del Consejo y accionistas, incluida la utilización indebida de los activos de la empresa y los abusos en operaciones de partes vinculadas; 7. Garantizar la integridad de los sistemas de presentación de informes contables y financieros de la sociedad, incluida la auditoría independiente, y la disponibilidad de sistemas de control adecuados y, en particular, de sistemas de gestión del riesgo, de control financiero y operativo, y garantizar la adecuación de estos sistemas a la ley y a las normativas aplicables; 8. La supervisión del proceso de revelación de datos y de las comunicaciones.

¹⁴ En 2006, la OCDE publicó la Metodología para la evaluación de la aplicación de los Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo, que se basa en el diálogo sobre la aplicación de los Principios en una jurisdicción y proporciona un marco para las discusiones políticas. Véase: http://www.oecd.org/document/49/0,3746,en_2649_34813_31530865_1_1_1_1,00.html (visitada el 05 de agosto de 2011).

E. *El Consejo deberá tener la posibilidad de realizar juicios objetivos e independientes sobre cuestiones relativas a la sociedad:* 1. Los Consejos deberán considerar la posibilidad de designar un número suficiente de miembros no ejecutivos del Consejo, con capacidad para realizar juicios independientes sobre tareas en las que pueda existir un conflicto potencial de intereses. Entre las citadas responsabilidades clave figuran, por ejemplo, la de garantizar la integridad de los sistemas de presentación de informes financieros y no financieros, el examen de las operaciones de partes vinculadas, el nombramiento de los miembros del Consejo y directivos principales, y la retribución a dichos miembros; 2. En caso de que se creen comisiones dentro del Consejo, el mandato, la composición y los procedimientos de trabajo de éstas deberán quedar claramente definidos y ser revelados por parte del Consejo; 3. Los miembros del Consejo deberán tener la posibilidad de comprometerse de manera efectiva con sus responsabilidades.

F. *Para poder cumplir con sus responsabilidades, los miembros del Consejo deberán tener acceso a una información precisa, relevante y oportuna.*

Estas recomendaciones configuran una posición jurídica particular del administrador en relación a la sociedad. Adicionalmente, desarrolla un conjunto de deberes concretos, abandonando las fórmulas abstractas que habitualmente se reflejan en los textos legales. En tal sentido, el modelo de referencia procede de los “Principles” del *American Law Institute* donde el nivel de especificación de los deberes de diligencia y lealtad o fidelidad, han servido de pautas para muchas de las tablas de deberes o códigos de conductas. Este despliegue de deberes, relacionado con la atribución de derechos y facultades, etc., configuran una posición jurídica del administrador éticamente vinculado, llamada a producir su impacto especial a la hora de valorar la exigencia de responsabilidad¹⁵.

3. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, BAJO LA LEY N° 20.382 RESPECTO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Con el objetivo de alcanzar altos estándares internacionales de gobierno corporativo y, a su vez, cumplir los compromisos adquiridos por Chile en el proceso de integración a la OCDE, se creó la Ley N° 20.382¹⁶, que establece perfeccionamientos a la normativa sobre gobiernos corporativos de las empresas¹⁷. La norma modifica la LSA, LMV y el Código

¹⁵ Esto también ocurriría en el caso Europeo a partir de los Informes que en dicho caso han influenciado sus normativas. Véase: Jesús Quijano González, *op. cit.*, p. 99.

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de octubre de 2009 y que entró en vigencia el 01 de enero de 2010. El Mensaje del Ejecutivo data de fecha 28 de agosto de 2007, Boletín: N° 563-355. <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3860/2/HL20382.pdf>

¹⁷ Ma. Fernanda VÁSQUEZ PALMA, “Una aproximación a los modelos existentes en materia de Gobiernos Corporativos y la elección de Chile, a partir de las reformas incorporadas por la Ley N° 20.382”, en *Jornadas Chileno-Uruguayas de Derecho Comercial*, Ed. Librotecnia, 2011, pp. 143-155; Óscar TORRES ZAGAL, “La noción de gobiernos corporativos en la ley de sociedades anónima chilena”, en *Jornadas Chileno-Uruguayas de Derecho Comercial*, Ed. Librotecnia, 2011, pp. 135-142.

de Comercio en diversos aspectos, de manera general, esta reforma se focaliza en aumentar la información que deben entregar las sociedades, tanto a sus propios accionistas como a las entidades fiscalizadoras, asegurar una adecuada supervisión de los mercados, permitir mayor fluidez de las operaciones, y proteger a los accionistas minoritarios. Estos cambios se dirigen a un aumento de los procesos de control en relación con la operatividad de estas sociedades desde una óptica interna y externa¹⁸.

Cuatro son los principios que subyacen a la formulación de esta ley: 1. *Transparencia*. Se pretende incrementar el flujo de información al mercado, permitiendo a los accionistas y al regulador, Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), un mayor control y eficacia en la supervisión y evaluación de las sociedades. Por otra parte, y con el objeto que no se abuse de la información privilegiada¹⁹, se prevé que el órgano de administración tenga un papel determinante en la definición de políticas que promuevan la transparencia; 2. *Corrección de asimetrías de información y reducción de costes de información y coordinación*. Los accionistas minoritarios tienen, en general, una falta de incentivo en la inversión, derivada de los problemas para hacer valer sus derechos, lo que genera problemas de agencia, y riesgos de abuso por parte de quienes gozan de ventajas de información y coordinación, con la consiguiente menor profundidad y desarrollo de los mercados. La ley propone mecanismos tendientes a que los accionistas y el público obtengan acceso a información completa y oportuna, disminuyendo los problemas de asimetría de información, agencia y riesgos de abuso; 3. *Fortalecimiento de los derechos de los accionistas minoritarios*. En concordancia con lo antes señalado, y como una forma de resolver problemas que afectan negativamente a los accionistas minoritarios y al mercado, la ley introduce la figura del director independiente como mecanismo idóneo para la defensa de dichos actores. Este director, actuando a través de un comité de directores, se configura como una herramienta más eficaz en la protección de estos intereses y mejorar el flujo de la información al mercado, sin privar de sus legítimos derechos a los accionistas que ostentan al control. 4. *Autodeterminación*. Los accionistas, por medio de la junta o del congreso, deben tomar las decisiones claves acerca de cómo proceder en casos individuales, atendiendo a las circunstancias particulares de cada sociedad y sus preferencias. Con

¹⁸ En esta línea, destaca el incremento de los flujos de información al mercado, permitiendo a los accionistas y sus reguladores, una mejor evaluación y supervisión de las sociedades; la autogeneración de políticas que promuevan la transparencia en su seno; el fortalecimiento del acceso a la información de parte de los accionistas e inversionistas; y la creación del director independiente que actúa a través del comité de directores, con miras a proteger a los accionistas minoritarios.

¹⁹ MF. VÁSQUEZ PALMA, "Revisión del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la noción de uso de información privilegiada en Chile: Un examen de la normativa a la luz de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales", *Rev. De Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2010, año 17, N° 2, pp. 239-297.

todo lo anterior, se pretende asegurar un mejor gobierno corporativo en las sociedades chilenas²⁰.

La reforma no introduce cambios estructurales en la legislación societaria, de manera que se conservan su arquitectura. En relación a los administradores, sus deberes y responsabilidades, las modificaciones que introduce la Ley N° 20.382, en la LSA, se producen fundamentalmente a partir de las siguientes disposiciones: Arts. 7, 24, 31, 36, 37, 39, 40, 42, 43, 44, 46, 48, 50, 50 bis, 146, 147, 148 y 149.

III. LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN SOCIETARIA

1. SOBRE EL ÓRGANO ADMINISTRADOR

La ley de sociedades anónimas encomienda al directorio de cada sociedad su administración²¹, por medio de norma de orden público. Esto no implica que el directorio no pueda delegar parte de sus funciones en otros sujetos (gerentes, subgerentes, departamentos, etc.), pero ello no importa la liberación de su responsabilidad. La administración social viene entendida en general por los autores, en un concepto muy amplio, que comprende un conjunto de actos de diversa naturaleza, tendentes a la consecución del objeto social. En este sentido resulta claro que se confiere a los administradores una competencia legal sobre asuntos de una cierta complejidad siendo el mismo concepto de administración una noción elástica e indeterminada²². Lo que caracteriza al órgano administrativo es el hecho que en él se forman y se llevan a ejecución las decisiones encaminadas a la consecución de los fines sociales²³, de manera que su competencia es general, pues ha de realizar todos los actos que

²⁰ En concreto, las modificaciones introducidas a la LSA más relevantes son: A. Se crea el comité de directores y a los directores independientes. Por otra parte, la ley obliga a realizar votaciones en juntas de accionistas que aseguren la simultaneidad de la emisión de votos y el voto a distancia. En cuanto a los accionistas ausentes, se establece que los que no concurren a las juntas ni cobren dividendos durante 10 años continuados no serán considerados para efectos de la norma sobre el registro que lleva la SVS, ni para aquella que determina cuándo debe constituirse el comité de directores. En relación a las principales reformas introducidas a la ley de Mercado de Valores, cabe destacar: A. *Normas que miran a una mayor divulgación de la información* al mercado a través de varios mecanismos. B. Normas sobre información privilegiada; C. Normas sobre el ejercicio del derecho a voto de acciones en custodia; D. modificaciones a la regulación de las ofertas públicas de acciones; E. y la creación de Empresas de auditoría externa.

²¹ El art. 31 de la Ley de Sociedades Anónimas, Ley N° 18.046, en adelante LSA, declara que la administración de la sociedad anónima corresponde al directorio y el art. 40 de la misma ley añade que también le compete la representación judicial y extrajudicial. Véase también: Arts. 49 LSA y 2061 CC.

²² Véase: Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Ed. Thomson-civitas, Navarra, 2005, p. 41.

²³ Véase: Joaquín GARRIGUES, *Comentarios a la ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., 2 tomos, (con Rodrigo Uría), Madrid, 1976, p. 18.

sean precisos para alcanzar el objeto social, a menos que la ley hubiese atribuido dicha competencia a otros órganos (ej., Junta de accionistas) de manera especial.

El directorio, además, representa a la sociedad judicial y extrajudicialmente para el cumplimiento de su objeto social, lo que no será necesario acreditar a terceros. Está investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativas de la junta general de accionistas, sin que sea necesario otorgarle poder especial alguno, inclusive para aquellos actos y contratos respecto de los cuales las leyes exijan esta circunstancia (art. 49)²⁴.

Si bien doctrinariamente se ha debatido en torno a la naturaleza jurídica la relación que liga al directorio con la sociedad, podemos afirmar que tal discusión está hoy zanjada, aceptándose ampliamente la tesis del órgano. La relevancia principal de ello reside en el hecho que los directores deben actuar promoviendo el interés social, considerado éste como diverso al de los accionistas en particular. Con todo, no creemos que tal afirmación surja del art. 2061 del CC, como la mayor parte de la doctrina se ha apresurado a expresar²⁵, sino del conjunto normativo que regula esta materia²⁶, y principalmente del reconocimiento de la necesidad del directorio para que la sociedad pueda actuar válidamente. Desde esta perspectiva, se entiende que la constitución del órgano de administración es fundamental para el nacimiento de la sociedad, e impide que mientras ello no ocurra, pueda la sociedad actuar en el tráfico externo haciendo uso de su personalidad jurídica²⁷. Esta calificación como órgano social no tiene una función simplemente descriptiva o metafórica, sino principalmente normativa²⁸, distinguiendo la estructura del órgano que se incardina con la administración de la sociedad, los deberes de estos administradores y las posibles responsabilidades en que pueden incurrir.

El primer directorio es elegido por los accionistas fundadores, por unanimidad, en la escritura de constitución y dura hasta que se celebre la primera junta ordinaria de accionistas (Art. 4 N° 11 LSA, en relación del Art. 56 N° 3 de esta ley). El directorio funciona sobre la base de un conjunto de directores que se nombran en la calidad de titulares y/o suplentes (Art. 32), y que podrán ser remunerados por sus funciones de acuerdo a los estatutos sociales.

²⁴ Por ello es factible anotar ciertas limitaciones a esta representación concebida en términos tan amplios con relación a los actos no comprendidos en el giro social; y actos que la ley o los estatutos establezcan como privativos de la junta de accionistas. Álvaro PUELMA ACCORSI, *Sociedades*, t. II, Ed. Jurídica de Chile, 2003, pp. 597-599.

²⁵ *Ibid.*, p. 601.

²⁶ Ello en virtud del art. 2061 del CC, y los arts. 1,31, 39 inc. 3° y 4° de la LSA.

²⁷ Alberto LYON PUELMA, "La responsabilidad del órgano administrador de una sociedad y responsabilidad de ésta por los actos de aquél", *Cuadernos de Extensión Jurídica* (Universidad de los Andes), N° 7, 2003, p. 211.

²⁸ Con Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Ed. Thomson-civitas, Navarra, 2005, p. 38.

Para que se genere una relación jurídica entre la sociedad y el directorio debe existir un nombramiento de parte de la junta de accionistas que adquiere eficacia con la posterior aceptación del cargo. Luego de la aceptación se produce una identificación con el órgano administrador²⁹. Parte de la doctrina ha estimado, tras analizar el alcance de estos actos (nombramiento y aceptación), que nos encontramos ante un negocio jurídico bilateral de carácter contractual formado por dos declaraciones de voluntad, lo que perfeccionaría un contrato sui generis, con matices del mandato y de prestación de servicios, en sentido amplio³⁰. Nosotros, junto a la doctrina mayoritaria existente en Chile³¹ y en Derecho comparado³², sostenemos que lo que aquí subyace es una relación jurídica surgida de la asunción de la titularidad del órgano, ligada, por tanto, a un acto corporativo societario en el que concurre la condición precisa para que el acuerdo del nombramiento produzca sus efectos. Se trata de una relación orgánica en que la delimitación de sus funciones tiene fuente legal y voluntaria (estatutos). Ello no es óbice para que puedan surgir relaciones internas entre la sociedad y el administrador, de carácter de prestación de servicios en que se precisen las condiciones en las que una persona designada va a ejercer su actividad como administrador

²⁹ El art. 37 de la LSA, si bien no establece un plazo para que medie la aceptación, se entiende que ésta debe prestarse en el más breve plazo en consideración a las necesidades de la sociedad, sin exigir una forma en particular.

³⁰ A modo referencial, véase: E. POLO SÁNCHEZ, "Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima", en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA (directores), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. IV, Civitas, Madrid, 1992, pp. 50-51; Morillas Jarillo, *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2002, pp. 71-142 (con indicación de las diversas perspectivas existentes).

³¹ En este sentido, véase: Álvaro VIDAL OLIVARES, "Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. Bases para la construcción de un sistema unitario", en *Estudios de Derecho Civil*, Lexis Nexis, 2005, p. 740; Álvaro PUELMA ACCORSI, *op. cit.*, p. 637; Alberto LYON PUELMA, *Teoría de la personalidad, Personas naturales, Personas jurídicas*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, p. 231. Por una vía similar, véase: Guillermo CAREY, *De la sociedad anónima y responsabilidad civil de los directores*, Ed. Universitaria, Santiago, 1992, pp. 97-101, quien aboga por la existencia de un contrato inominado de prestación de servicios; H. CORRAL TALCIANI, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile 2003, p. 295; Osvaldo LAGOS VILLARREAL, "La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas", *Revista de Derecho de la Empresa*, Universidad Adolfo Ibáñez, N° 1, enero-marzo, 2005, p. 93.

³² La expresión órgano administrativo, más que seguir la doctrina organicista, se emplea para rechazar la contractual del mandato, entendiendo al "órgano" como un instrumento apto para emitir declaraciones de voluntad y necesario legalmente para llevarlas a ejecución en las relaciones internas y externas de la sociedad. Desde esta perspectiva, se considera que la designación tiene un carácter de declaración unilateral sin que requiera el encuentro de la voluntad del designado que acepta (que sería propio del contrato). Se estaría, entonces, en presencia de un concurso, es decir, dos actos unilaterales, de los cuales el del nombramiento tiene carácter de investidura. Véase: J. GARRIGUES, *op. cit.*, p. 73; F. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 92; José DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores de Sociedad de Capital*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 75-85; Ma. De los Ángeles PARRA LUCÁN, "Responsabilidad civil de los administradores de sociedad", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinador L. Fernando Reglero Campos, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 1281.

(tiempo de dedicación, remuneración, indemnizaciones por la pérdida del empleo, etc.).

En relación al número de directores que conforman el órgano administrador, la ley se encarga de precisar los mínimos, no los máximos, por lo que es una materia que puede ser regulada en los estatutos sociales (Art. 31 LSA). La renovación del directorio será total y se efectuará al final de su período, el que no podrá exceder de tres años. Los directores podrán ser reelegidos indefinidamente en sus funciones. A falta de disposición expresa de los estatutos, se entenderá que el directorio se renovará cada año (arts. 31 y 34). No existen requisitos para la elegibilidad de los mismos, pero si se declaran ciertas inhabilidades e incompatibilidades (Arts. 35 y 36).

Además de los directores ya señalados, la Ley N° 20.382 agregó la figura del director independiente y el comité de directores, para el caso de las sociedades anónimas abiertas, cuando tengan un patrimonio bursátil igual o superior al equivalente a 1.500.000 unidades de fomento y a lo menos un 12,5% de sus acciones emitidas con derecho a voto, se encuentren en poder de accionistas que individualmente controlen o posean menos del 10% de tales acciones. Los candidatos a director independiente deberán ser propuestos por accionistas que representen el 1% o más de las acciones de la sociedad, con a lo menos diez días de anticipación a la fecha prevista para la junta de accionistas llamada a efectuar la elección de los directores³³. Será elegido director independiente aquel candidato que obtenga la más alta votación. Para ello deberán tomarse en consideración que no se considerarán como independientes a quienes se hayan encontrado en cualquier momento dentro de los últimos 18 meses, en alguna de las circunstancias previstas en el art. 50 bis.

Por su parte, el comité de directores estará integrado por tres miembros, la mayoría de los cuales deberán ser independientes. En caso que hubiese más directores con derecho a integrar el comité, en la primera reunión del directorio después de la junta de accionistas en que se haya efectuado su elección, los mismos directores resolverán, por unanimidad, quiénes lo habrán de integrar. En caso de desacuerdo, se dará preferencia a la integración del comité por aquellos directores que hubiesen

³³ De acuerdo al artículo en comento, con no menos de dos días de anterioridad a la junta respectiva, el candidato y su respectivo suplente, en su caso, deberán poner a disposición del gerente general una declaración jurada en que señalen que: i) aceptan ser candidato a director independiente; ii) no se encuentran en ninguna de las circunstancias indicadas en los numerales anteriores; iii) no mantienen alguna relación con la sociedad, las demás sociedades del grupo del que ella forma parte, su controlador, ni con los ejecutivos principales de cualquiera de ellos, que pueda privar a una persona sensata de un grado razonable de autonomía, interferir con sus posibilidades de realizar un trabajo objetivo y efectivo, generarle un potencial conflicto de interés o entorpecer su independencia de juicio, y iv) asumen el compromiso de mantenerse independientes por todo el tiempo en que ejerzan el cargo de director. La infracción al literal iii) no invalidará su elección ni los hará cesar en el cargo, pero obligará a responder de los perjuicios que su falta de veracidad o incumplimiento pueda causar a los accionistas.

sido elegidos con un mayor porcentaje de votación de accionistas que individualmente controlen o posean menos del 10% de tales acciones. Si hubiese solamente un director independiente, éste nombrará a los demás integrantes del comité de entre los directores que no tengan tal calidad, los que gozarán de plenos derechos como miembros del mismo. El presidente del directorio no podrá integrar el comité ni sus subcomités, salvo que sea director independiente. A diferencia de los anteriores, estos directores deber ser remunerados.

2. REFERENCIA A LOS DEBERES GENERALES Y PARTICULARES DE LOS DIRECTORES: COMPRENSIÓN DE SU POSICIÓN FIDUCIARIA

La actuación de los administradores se orienta fundamentalmente en dos direcciones: la primera de ellas hace referencia al cuidado permanente de la gestión de la sociedad, en función del objeto social, lo que lleva incorporada –en el plano externo– la representación de la sociedad. La actividad de la sociedad concebida como un conjunto de actos de gestión, involucra el patrimonio de la sociedad. La segunda actividad va dirigida a la organización de la vida societaria, de modo especial al funcionamiento de la sociedad y al respeto de los derechos individuales de los accionistas. Siguiendo esta enunciación, los deberes de los administradores se concentran en: 1. Deberes de gestión y de representación (ej., Cuidados de la efectiva aportación de los accionistas, revisión de la contabilidad y rendición de cuentas, etc.); y deberes de organización (ej., Convocar a las juntas de accionistas, colaborar con los liquidadores, cuidar la documentación de la sociedad, proponer la modificación de los estatutos sociales, etc.). Adicionalmente deben agregarse otros deberes generales que han de incidir en su actuación y que se asientan en el deber general de diligencia y de lealtad. En éstos últimos centraremos nuestra atención.

En el caso chileno, la normativa sobre administración y el sistema de responsabilidad no es clara y la reforma de la Ley N° 20.382, no colabora en tal sentido, lo que se aprecia a partir de una simple lectura de la LSA. Tampoco se estipula un deber fiduciario general por parte de éstos en relación con los intereses de la sociedad, lo que si hace respecto de los accionistas³⁴.

La falta de claridad sobre esta materia se aprecia principalmente a partir de una deficitaria sistematización de los deberes impuestos a los administradores, cuyas las alusiones existentes se encuentran diseminadas dentro del título IV “De la Administración de la Sociedad”, sin establecer un elenco ordenado de los mismos. Ello no es baladí, pues una construcción desordenada de los deberes fiduciarios de los administradores

³⁴ El art. 30 de la LSA establece que “*Los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas*”.

para con la sociedad debe necesariamente verse como una debilidad en relación a un buen gobierno corporativo, si se pretende transparentar la actividad de administración de los directores de las sociedades anónimas, y privilegiar la protección del interés social por sobre los intereses directos o indirectos de aquellos³⁵.

La adecuada comprensión de esos deberes exige tener presentes los elementos que caracterizan la relación jurídica que vincula a los administradores y a la sociedad en la que ocupan el cargo. Como señalamos, se trata de una relación especial y autónoma que se perfecciona con la aceptación del nombramiento por el interesado y cuyo contenido está integrado por las cláusulas estatutarias, códigos de conducta y otras normas internas, pactos que las partes establezcan de mutuo acuerdo, y la ley, siendo ésta última un límite de las anteriores en lo que respecta a sus normas imperativas. Los riesgos que suponen los potenciales conflictos de intereses y el carácter incompleto del contrato que fija la relación de administración entre los administradores y la sociedad justifica el empleo de normas claras y completas sobre el contenido de la posición fiduciaria que éstos ocupan en las sociedades³⁶.

Los deberes generales fiduciarios se evidencian en los deberes de diligencia y de lealtad, bajo una diversidad tipológica de los potenciales conflictos de intereses entre socios y administradores, y prescribiendo de forma genérica la prestación que los administradores deben cumplir en el desempeño de su cargo. Expresan la voluntad hipotética de los socios y de la sociedad en orden a que los administradores desempeñen su cargo esforzándose en la consecución del interés social³⁷, absteniéndose

³⁵ Un análisis de esta materia en Derecho comparado: F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005; Alberto BERCOVITZ, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada”, *Rev. de Derecho de la Empresa*, N° 19, 2009, pp. 123-144; E. Polo, “La unión europea y la responsabilidad de los administradores”, *Rev. Internacional, Foro de Derecho Mercantil*, N° 13, 2006, pp. 21-55. Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN (Directores), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 4ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

³⁶ Estas divergencias de intereses entre socios y administradores comportan costes más o menos importantes en función de las características estructurales de cada sociedad pero son los socios quienes deciden nombrar la persona que ocupa el cargo administrador, de modo que esos costes queden compensados por los beneficios derivados de contar con una persona con mayores conocimientos, experiencia y capacidad para gestionar la empresa social. Jose ORIOL LLEBOT, “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dir. A. ROJO y E. BELTRÁN), 4ª ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 28.

³⁷ En relación al significado de éste último, existen diversas formas de entenderlo que pueden sintetizarse en dos posiciones: una que identifica el interés social con el interés común de los socios y otra que lo identifica con el interés de la empresa social que aglutina los intereses de los diferentes grupos que participan en ella. La consecuencia de la primera proporciona una directriz clara para enjuiciar la conducta de los administradores, mientras que la segunda alternativa, dada la pluralidad de intereses que comprende, permite justificar cualquier posición de los administradores, incluso las adoptadas en su propio interés. *Ibid.*, p. 30.

de obtener ventajas propias a costa del sacrificio de la sociedad y evita los costes inherentes a una regulación exhaustiva de la diversa tipología de los conflictos de intereses.

Como señalamos, en el marco jurídico chileno no existe una norma general que contenga el deber fiduciario de los administradores respecto de la sociedad, a diferencia de otras normativas³⁸. Una referencia del mismo es posible encontrarla en el art. 42 LSA, en especial la parte que dispone que los directores no podrán: 1. Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social (...); 6. Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo; y 7. En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social, en tanto aquí se evidencia el deber de respetar por sobre todo, el interés de la sociedad. A continuación revisaremos estos deberes en particular.

3. DELIMITACIÓN DEL DEBER DE DILIGENCIA

3.1. Deber de ejercer sus funciones

En lo medular este deber se centra en que los administradores están obligados a satisfacer frente a la sociedad un deber de cuidado (*duty of care or duty to pay attention and to try to make good decisions*) o de ejercer con diligencia las obligaciones emergentes del cargo de director. El administrador debe actuar de buena fe, con la diligencia que normalmente tendría una persona prudente en esa posición y en similares circunstancias, en el modo en el que razonablemente crea que se persiguen mejor los intereses de la sociedad. Este deber comprendería la obliga-

³⁸ Varios países europeos han conocido reformas societarias que introducen importantes cambios relativos a los deberes fiduciarios de los administradores. En 2003, en España, por intermedio de la Ley de Transparencia, se regula con pormenor el deber de diligente administración, de fidelidad y lealtad (Arts. 127 y 127 bis. de la LSA). En Portugal, la extensa reforma societaria de 2006 reelabora, entre otros aspectos, la disciplina reguladora de los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores. En Reino Unido, la *Companies Act* de 2006 regula los "*general duties of directors*" (art. 171 y ss.). Por su parte, el Derecho comunitario cuenta con varios instrumentos que regulan problemas relativos a los deberes fiduciarios. A título de ejemplo, cabe mencionar la directiva sobre el abuso de información privilegiada y manipulación de mercado (abuso de mercado), la Recomendación de la Comisión relativa al papel de los administradores no ejecutivos o miembros del consejo de supervisión de sociedades cotizadas y a los comités del consejo de administración o de supervisión. Con todo, no se puede señalar que el Derecho comunitario haya alcanzado la armonización reguladora de este deber. En este contexto, destaca el documento que presenta el *European Model Company Law Act Project* (EMCLAMP). Con esta iniciativa, los autores pretenden crear un modelo de ley de sociedades que los Estados podrán acoger en el futuro.

ción de vigilancia, a partir de la supervisión y el control de la gestión de la sociedad; de investigar, controlando la fiabilidad de la información a partir de instrumentos de control instalados; y de adoptar decisiones con razonabilidad y oportunidad lo que implica contar con la información necesaria para ello³⁹.

Su característica reside en que no se exige una conducta específica sino que desempeñen su cargo cumpliendo con un deber general de administración. Establecer *ex ante* todas las conductas que exige el desarrollo de esa actividad resulta impracticable por lo poco detallado de los contratos, de modo que este deber constituye la cláusula general para enjuiciar todas aquellas conductas de los administradores que ponen de manifiesto conflictos de intereses. La prestación exigida consiste, entonces, en la realización de todas las actividades precisas para la consecución del fin social que, en este ámbito, se debe identificar con el objeto social anteponiendo siempre el interés social al privado y cumpliendo los deberes estatutarios y legales.

La cuantificación del deber de diligencia se recoge en el art. 41 de la LSA, de manera general, al expresar: “*Los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables*”.

Esta exigencia sólo puede explicarse como un resabio de nuestro Derecho, toda vez que tal enunciación ha sido desplazada en Derecho comparado desde hace tiempo⁴⁰, al exigir un nivel de cuidado acorde con la actividad profesional desempeñada. Corrigiendo lo anterior, y en la búsqueda de una mayor precisión, la comprensión de este deber se debiera enmarcar en las obligaciones de cuidado que conlleva la naturaleza del cargo y las funciones específicas de los administradores. En este contexto, el administrador debe ejercer el cargo asumiendo los cuidados profesionales propios del mismo. Esto no implica que la obligación que asumen al aceptar el cargo es la de asegurar el éxito económico de la empresa social, pues ello les convertiría en responsables de los acontecimientos perjudiciales que exceden la diligencia exigible, sino la de desempeñar el cargo cumpliendo con los deberes impuestos por las leyes con la debida

³⁹ Este deber presenta el siguiente contenido: a) Deber de vigilancia (*duty to monitor*); deber de investigar (*duty of inquiry*); deber de adoptar un comportamiento razonable en el proceso de formación de una decisión; el deber de adoptar decisiones razonables. Para ello debe tenerse presente que en las sociedades estadounidenses, la función principal del consejo de administración no es gestionar, pero sí vigilar y controlar quién administra la sociedad.

⁴⁰ En este camino Italia reformó el art. 2.392.1 del *Codice Civile* abandonando la histórica diligencia del “buen padre de familia” a favor de la diligencia requerida por la naturaleza del cargo y por las funciones específicas de los administradores. Otro tanto ha ocurrido en las legislaciones de España y Portugal.

fidelidad al interés social⁴¹. Tampoco se exige que el administrador tenga conocimientos técnicos, ni de experticia.

En otras palabras, no existe una *lex artis* que sirva para integrar el modelo de conducta del empresario, la propia naturaleza de la actividad empresarial exige innovación y asunción de riesgos, no obstante ello, podrán imputarse a los administradores las consecuencias de haber cometido graves errores de los que pueda deducirse la infracción del deber de diligencia (por ej. La realización de operaciones alejadas de los precios del mercado, la enajenación de los activos para el desarrollo del objeto social, la inversión de fondos en operaciones sumamente arriesgadas o especulativas de alto riesgo, no reclamar créditos a favor de la sociedad, etc.). En suma, las decisiones deben ligar con los procedimientos establecidos con la ley y los estatutos, con la necesidad de pensar siempre en el interés social, y con la obligación de informarse diligentemente antes de adoptarlas. La responsabilidad que nace por la infracción de este deber es por una mala o inadecuada gestión, de modo que deberá acreditarse la falta de diligencia que no siempre se identifica con culpa, sino con el incumplimiento mismo de un deber jurídico impuesto⁴².

El deber de diligencia obliga a los administradores a ocuparse positivamente de la gestión social, de manera que puede enunciarse, a modo de ejemplo, algunos casos en que se presenta un incumplimiento de dichas funciones: ausencia injustificada de reuniones del directorio; no ejecutar los acuerdos alcanzados que afecten la gestión social y pueda ser perjudicial, no vigilar la contabilidad regular de la sociedad, pasividad o inactividad de los miembros, entre otros⁴³.

3.2. Deber de adoptar decisiones, sin delegar y de acuerdo al procedimiento establecido legalmente

El órgano administrativo en las sociedades anónimas tiene un fuerte componente de gestión o decisorio, más que de control. En relación a la adopción de decisiones, la normativa establece de manera precisa el procedimiento que debe realizarse a estos efectos con miras de respetar ciertos principios básicos, como son la transparencia y la equidad, y en que deben estar presente la preeminencia y resguardo de los intereses sociales.

⁴¹ José ORIOL LLEBOT, *op. cit.*, p. 35.

⁴² Este deber de cuidado coincide con la "diligencia de prestación" típica de las obligaciones de medios, cuya inobservancia equivale al incumplimiento de la obligación y se opone a la llamada "diligencia promotora del cumplimiento", implícita en toda obligación. Sobre esta distinción, véase: Ferrán BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pp. 169-212; Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo II, Las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, 5ª edición, 1996, pp. 98-100.

⁴³ Con F. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 172-173.

En el cumplimiento de este deber deben tener presente que “*Las funciones de director de una sociedad anónima no son delegables y se ejercen colectivamente, en sala legalmente constituida*” (art. 39). En el inciso final del art. 39, se plantea que, sin perjuicio de lo anterior, en las sociedades anónimas cerradas se podrá prescindir de los acuerdos de directorio siempre que la unanimidad de sus miembros ejecute directamente el acto o contrato y que éstos se formalicen mediante escritura pública. Esta alternativa no podrá ser utilizada por sociedades anónimas que tengan por matriz otra sociedad anónima, pero la infracción de esta prohibición no afectará la validez del acto o contrato, sino que hará personalmente responsables a los directores de los perjuicios ocasionados a la sociedad matriz o a sus directores, por no haber podido ejercer el derecho previsto en el artículo 92.

Por su parte, el art. 47 LSA establece una detallada regulación sobre esta materia al expresar: “*Las reuniones del directorio se constituirán con la mayoría absoluta del número de directores establecidos en los estatutos y los acuerdos se adoptarán por la mayoría absoluta de los directores asistentes con derecho a voto. En caso de empate, y salvo que los estatutos dispongan otra cosa, decidirá el voto del que presida la reunión. Los estatutos podrán establecer quórum superiores a los señalados. El Reglamento determinará y los estatutos especificarán la forma en que deberá efectuarse la citación a reunión del directorio de la sociedad y la frecuencia mínima de su celebración. En las sociedades anónimas abiertas, la Superintendencia por resolución fundada, podrá requerir al directorio para que sesione a fin de que se pronuncie sobre las materias que someta a su decisión.*”

*Se entenderá que participan en las sesiones aquellos directores que, a pesar de no encontrarse presentes, están comunicados simultánea y permanentemente a través de medios tecnológicos que autorice la Superintendencia, mediante instrucciones de general aplicación. En este caso, su asistencia y participación en la sesión será certificada bajo la responsabilidad del presidente, o de quien haga sus veces, y del secretario del directorio, haciéndose constar este hecho en el acta que se levante de la misma*⁴⁴.

⁴⁴ De acuerdo al siguiente artículo (48 LSA), las deliberaciones y acuerdos del directorio se escriturarán en un libro de actas por cualesquiera medios, siempre que éstos ofrezcan seguridad que no podrá haber intercalaciones, supresiones o cualquier otra adulteración que pueda afectar la fidelidad del acta, que será firmada por los directores que hubieren concurrido a la sesión. Si algunos de ellos falleciere o se imposibilitare por cualquier causa para firmar el acta correspondiente, se dejará constancia en la misma de la respectiva circunstancia o impedimento. Se entenderá aprobada el acta desde el momento de su firma, conforme a lo expresado en los incisos precedentes y desde esa fecha se podrán llevar a efecto los acuerdos a que ella se refiere. Con todo, la unanimidad de los directores que concurrieron a una sesión podrán disponer que los acuerdos adoptados en ella se lleven a efecto sin esperar la aprobación del acta, de lo cual se dejará constancia en un documento firmado por todos ellos que contenga el acuerdo adoptado.

El director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar en el acta su oposición, debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas por el que presida. Por su parte, el director que estimare que un acta adolece de inexactitudes u omisiones, tiene el derecho de estampar, antes de firmarla, las salvedades correspondientes. Salvo acuerdo unánime en contrario, las sesiones de directorio de las sociedades anónimas abiertas deberán ser grabadas, por quien haga las veces de secretario, en medios que permitan registrar fielmente el audio de las deliberaciones. Dichas grabaciones deberán ser guardadas en reserva por la sociedad, hasta la aprobación del acta respectiva por todos los directores que deban firmarla, y puestas a disposición de los directores que deseen comprobar la fidelidad de las actas sometidas a su aprobación. En caso que un director estime que existen discrepancias fundamentales y substanciales entre el contenido de las actas y el de las grabaciones, podrá solicitar que a ellas se incorporen literalmente sus propias palabras, según el contenido de las grabaciones en los pasajes respectivos. El acta correspondiente, deberá quedar firmada y salvada, si correspondiere, antes de la sesión ordinaria siguiente que se celebre o en la sesión más próxima que se lleve a efecto⁴⁵.

3.4. Deber de imparcialidad

Los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con (al) la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a éstos y aquélla a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron (art. 39.3 LSA).

3.5. Deber de respetar la ley interna de la sociedad

Esta obligación se recoge en el art. 42 N° 7, al disponer que los directores no podrán practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social.

3.6. Deber de actuar en resguardo y persiguiendo el interés social

El art. 42 N°s. 1, 6 y 7 establece que los directores no pueden realizar actos contrarios al interés social. Los beneficios percibidos por los infractores pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio.

⁴⁵ De acuerdo a esta disposición, la Superintendencia podrá autorizar, mediante norma de carácter general, que las sociedades bajo su control adopten para tales fines los mecanismos que permitan el uso de firma electrónica u otros medios tecnológicos que permitan comprobar la identidad de la persona que suscribe.

3.7. Deber de informar e informarse

La información es fundamental para la toma de decisiones, por lo que los directores deben informar e informarse. En el primer caso, se establece un deber de custodia y publicidad en el art. 7º en los siguientes términos: *“Es de responsabilidad del directorio la custodia de los libros y registros sociales, y que éstos sean llevados con la regularidad exigida por la ley y sus normas complementarias. El directorio podrá delegar esta función, de lo que deberá dejarse constancia en actas”*. Asimismo, el art. 46 prescribe que *“El directorio deberá proporcionar a los accionistas y al público, las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley y, en su caso, la Superintendencia determinen respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad.*

En las sociedades anónimas abiertas, será responsabilidad del directorio adoptar las medidas apropiadas para evitar que la información referida en el inciso anterior sea divulgada a personas distintas de aquellas que por su cargo, posición o actividad en la sociedad deban conocer dicha información, antes de ser puesta a disposición de los accionistas y el público. Se entenderá que se cumple con este requisito cuando simultáneamente a dicha divulgación se proporcione la misma documentación o presentaciones al público conforme a la norma de carácter general que dicte la Superintendencia. La obligación de informar prescrita en este inciso, es sin perjuicio de lo establecido en los artículos 9º y 10 de la Ley N° 18.045.

Si la infracción a esta obligación causa perjuicio a la sociedad, a los accionistas o a terceros, los directores infractores serán solidariamente responsables de los perjuicios causados. Lo anterior no obsta a las sanciones administrativas que pueda aplicar, en su caso, la Superintendencia y a las demás penas que establezca la ley”.

En relación al público general, la LMV, en su art. 16 obliga a los emisores de valores a adoptar una política que establezca normas, procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades, conforme a las cuales los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, así como las entidades controladas directamente por ellos o a través de terceros, podrán adquirir o enajenar valores de la sociedad o valores cuyo precio o resultado dependa o esté condicionado, en todo o en parte significativa, a la variación o evolución del precio de dichos valores. El directorio o administrador en conformidad a este artículo, deberá poner en conocimiento del público estas políticas, mediante un aviso insertado en un diario de circulación nacional o bien en su sitio en Internet, cuando cuenten con este medio. Asimismo, los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, así como las entidades controladas directamente por ellos o a través de otras personas, deberán informar a cada una de las bolsas de valores del país en que el emisor se encuentre registrado, su posición en valores de éste y de las entidades del grupo empresarial

de que forme parte (art. 17 LMV), e informar mensualmente y en forma reservada, al directorio o administrador del emisor, su posición en valores de los proveedores, clientes y competidores más relevantes de la entidad, incluyendo aquellos valores que posean a través de entidades controladas directamente o a través de terceros (Art. 18 LMV).

Por su parte, dado que la información constituye un elemento imprescindible para la adecuada adopción de las decisiones empresariales, es un deber de los directores informarse adecuada y oportunamente. Al respecto, el art. 39 inc. 2º dispone: *“Cada director tiene derecho a ser informado plena y documentadamente y en cualquier tiempo, por el gerente o el que haga sus veces, de todo lo relacionado con la marcha de la empresa. Este derecho debe ser ejercido de manera de no afectar la gestión social”*⁴⁶.

Es preciso aclarar en este punto que la prestación de este deber impone a los administradores la obligación de estar informados sobre la marcha de las sociedades, lo que no implica necesariamente conocer todos los detalles necesarios para la adecuada adopción de las decisiones societarias. No se trata que deba conocer toda la información de la sociedad, pues, además de ser ello en muchos casos impracticables, su costo es muy alto. El director, por su experticia, sabe o debiera saber qué información es relevante para decidir sobre algún punto en concreto. Entre las circunstancias que deber tenerse presentes para valorar el cumplimiento de este deber, pueden mencionarse las siguientes: la trascendencia de la propia decisión para la sociedad, los costos de obtener información adicional, los conocimientos propios que los administradores posean para evaluar la necesidad de disponer de más información, o la decisión de qué hacer con ella, entre otras.

3.8. Los administradores deben actuar de buena fe y no propiciar actuaciones ilegales

El art. 42 de la LSA, dispone a estos efectos: *“Los directores no podrán:*

1) Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social;

2) Impedir u obstaculizar las investigaciones destinadas a establecer su propia responsabilidad o la de los gerentes, administradores o ejecutivos principales en la gestión de la empresa;

3) Inducir a los gerentes, administradores, ejecutivos principales y dependientes, o a los inspectores de cuenta o auditores externos y a las clasificadoras de riesgo, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información;

⁴⁶ El hecho que aquí se exprese no implica que en otros tipos sociales no pueda ser exigible esta obligación. En el mismo sentido, Véase, José ORIOL LLEBOT, *op. cit.*, p. 33.

4) *Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales (...)*”.

Asimismo, debemos atender a lo establecido en el Art. 37 que impone al administrador: “(...) *El director que adquiera una calidad que lo inhabilite para desempeñar dicho cargo o que incurriere en incapacidad legal sobreviniente, cesará automáticamente en él. De igual forma cesará en su cargo aquel director que notifique su renuncia, mediante ministro de fe, al presidente del directorio o al gerente*”.

3.9. Deber de vigilancia

En este sentido, tienen la obligación de cobrar lo adeudado a la sociedad. Refiriéndose a esta materia, el art. 24 de la ley plantea, en relación a los acuerdos de las juntas de accionistas sobre aumentos de capital, que una vez vencido el plazo establecido por la junta de accionistas sin que se haya enterado el aumento de capital, el directorio deberá proceder al cobro de los montos adeudados, si no hubiere entablado antes las acciones correspondientes, salvo que dicha junta lo hubiere autorizado por dos tercios de las acciones emitidas para abstenerse del cobro, caso en el cual el capital quedará reducido a la cantidad efectivamente pagada. Agotadas las acciones de cobro, el directorio deberá proponer a la junta de accionistas la aprobación, por mayoría simple, del castigo del saldo insoluto y la reducción del capital a la cantidad efectivamente recuperada.

El control de otras materias no recae en el directorio en su totalidad, sino en un comité de directores cuya constitución se fuerza en determinados casos y a los que la ley entrega funciones específicas⁴⁷ (Art. 50 bis).

3.10. Inmutabilidad del deber de diligencia

Este deber es inmodificable por las partes, en tanto de acuerdo a la ley es *nula toda estipulación del estatuto social y todo acuerdo de la junta de accionistas que tienda a liberar o a limitar la responsabilidad de los directores a que se refiere el inciso anterior* (Art. 41 inc. 2° LSA), lo que se justifica en la esfera jurídica de protección a terceros, principalmente acreedores⁴⁸. Se agrega en dicha disposición que la aprobación otorgada por la junta de accionistas a la memoria y balance presentados por el directorio o a cualquier otra cuenta o información general, no libera

⁴⁷ La fiscalización general de la administración de la sociedad recae en la junta de accionistas, inspectores de cuenta y empresas auditoras. Véase: Título V de la LSA “*De la fiscalización de la administración*”, arts. 51 y ss.

⁴⁸ En este sentido, la validez del seguro de responsabilidad civil de administradores no es contradictorio a la inmodificabilidad del deber de diligencia, en tanto el primero sólo garantiza la restitución del patrimonio social mediante el pago de la indemnización correspondiente por la entidad aseguradora por las infracciones del deber de diligencia debidas a las conductas de los administradores. J. ORIOL LLEBOT, *op. cit.*, p. 37.

a los directores de la responsabilidad que les corresponda por actos o negocios determinados; ni la aprobación específica de éstos los exonera de aquella responsabilidad, cuando se hubieren celebrado o ejecutado con culpa leve, grave o dolo.

4. DELIMITACIÓN DEL DEBER DE LEALTAD

4.1. Una apreciación general del deber de lealtad

Este deber consiste genéricamente en la obligación de que el administrador se comporte correctamente (*fairly*) con la sociedad, principalmente en lo que dice relación con el conflicto de intereses, anteponiendo siempre el interés de la sociedad al personal. Este deber no prohíbe las transacciones entre *insiders* y la sociedad, pero fuerza a que se utilicen ciertos criterios y conductas (*fairness*). La estructura de este deber, a diferencia del anterior, corresponde al de las obligaciones de resultado, desde que el director compromete una conducta o un resultado que depende exclusivamente de su propia voluntad y no de una contingencia. Lo relevante es que el legislador describe la conducta que deben observar los directores y si éstos contravienen la norma, causando un daño, incurrirán en responsabilidad civil, cuya fuente será la infracción de una norma que tipifica la conducta prohibida. Al sujeto activo le bastará probar la infracción o el incumplimiento del deber y el daño. La posibilidad de exoneración de responsabilidad (caso fortuito o fuerza mayor) queda descartada, no obstante, si la infracción a este deber se produce por una actuación colectiva del directorio, el director podrá excluirse de la misma si acredita falta de participación u oposición al acuerdo manifestado en la forma prescrita por la ley⁴⁹.

El administrador podrá, en general, celebrar contratos con la sociedad bajo ciertos requerimientos, como son: el que sea equitativo (*fair*), en sentido sustancial debe existir *full disclosure* (la información que presta el administrador debe ser completa); y respetar el *fair dealing*, es decir,

⁴⁹ El art. 48 inc. 4° y 5° expresan al respecto: “El director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio, deberá hacer constar en el acta su oposición, debiendo darse cuenta de ello en la próxima junta ordinaria de accionistas por el que presida. El director que estimare que un acta adolece de inexactitudes u omisiones, tiene el derecho de estampar, antes de firmarla, las salvedades correspondientes. Salvo acuerdo unánime en contrario, las sesiones de directorio de las sociedades anónimas abiertas deberán ser grabadas, por quien haga las veces de secretario, en medios que permitan registrar fielmente el audio de las deliberaciones. Dichas grabaciones deberán ser guardadas en reserva por la sociedad, hasta la aprobación del acta respectiva por todos los directores que deban firmarla, y puestas a disposición de los directores que deseen comprobar la fidelidad de las actas sometidas a su aprobación. En caso que un director estime que existen discrepancias fundamentales y substanciales entre el contenido de las actas y el de las grabaciones, podrá solicitar que a ellas se incorporen literalmente sus propias palabras, según el contenido de las grabaciones en los pasajes respectivos”.

adoptar un comportamiento correcto en el proceso del negocio. Por otra parte, si bien no se impide que los administradores sean remunerados, en la práctica se puede entregar al consejo de administración (*board of directors*) la tarea de fijar la remuneración de sus miembros y un estándar de revisión por parte de este consejo o los accionistas⁵⁰.

En un segundo grupo de situaciones, el deber de lealtad impide que el administrador haga uso de bienes o de información societaria, abuse de su posición para obtener beneficios personales, se apropie de oportunidades societarias de negocio (*corporate opportunities*), se aproveche de información privilegiada (*insider trading*) o de secretos societarios indebidamente. Asimismo, tampoco puede extraer beneficios ilegítimos (*undisclosed commissions*), aunque el comportamiento no implique ningún daño para la sociedad. En esta misma línea, se encuentra la obligación de no aprovecharse de una oportunidad societaria, en tanto debe ofrecerla primero a la sociedad (*corporate opportunity*) antes de tomarla para sí mismo⁵¹.

A continuación veremos en que se traduce este deber.

4.2. Deber de no hacer primar sus intereses particulares por sobre los de la sociedad

Nuestra LSA prescribe en su artículo 44, lo siguiente: *“Una sociedad anónima cerrada sólo podrá celebrar actos o contratos que involucren montos relevantes en los que uno o más directores tengan interés por sí o como representantes de otra persona, cuando dichas operaciones sean conocidas y aprobadas previamente por el directorio y se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, salvo que los estatutos autoricen la realización de tales operaciones sin sujeción a las mencionadas condiciones.*

El directorio deberá pronunciarse con la abstención del director con interés. En el acta de la sesión de directorio correspondiente, deberá dejarse constancia de las deliberaciones para aprobar los términos y condiciones de los respectivos actos o contratos, y tales acuerdos serán informados en la próxima junta de accionistas por el que la presida, debiendo hacerse mención de esta materia en su citación (...).”

El inciso penúltimo de esta disposición expresa que *no será aplicable lo establecido en el inciso primero si la operación ha sido aprobada o*

⁵⁰ Sobre el tema: Ma. Elisabete RAMOS, “Gobierno corporativo y deberes fiduciarios. Cuestiones actuales y reformas pendientes”, en *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas* (Coord. Elena Pérez Carrillo), Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 134.

⁵¹ Para discernir cuando es una oportunidad societaria de negocio, la jurisprudencia ha desarrollado varios tests: *interest or expectancy test*; *line of business test*; *fairness test* y *two-step tests*. De hecho, la diversidad de criterios propios de estos tests explican que *the approach adopted to avoid the use of concepts such as “line of business”, “intererst” or “expectancy”*.

ratificada por la junta extraordinaria de accionistas con el quórum de 2/3 de los accionistas con derecho a voto (...)”.

En el caso de las sociedades anónimas abiertas, se aplicará lo dispuesto en el Título XVI, esto es “*De las Operaciones con Partes Relacionadas en las Sociedades Anónimas Abiertas y sus Filiales*”.

Se aprecia en esta disposición la incorporación del deber de abstención, al prohibir, en principio, que el director afectado con la decisión ejerza su derecho a voto cuando se encuentra en una situación de conflicto de intereses. Por otra parte, aclarando la calificación de “interés” el legislador expresa que se entiende por tal aquél que tiene un director en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir en cualquiera de las siguientes situaciones: (i) él mismo, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; (ii) las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital; (iii) 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 (iv) el controlador de la sociedad o sus personas relacionadas, si el director no hubiera resultado elegido sin los votos de aquél o aquéllos⁵².

Se agrega que la infracción a este artículo no afectará la validez de la operación y sin perjuicio de las sanciones que correspondan, otorgará a la sociedad, a los accionistas y a los terceros interesados, el derecho de exigir indemnización por los perjuicios ocasionados. En caso de demandarse los perjuicios ocasionados por la infracción de este artículo, corresponderá a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de negociación reportaron beneficios a la sociedad que justifican su realización.

De este modo, dicha disposición plantea con claridad los posibles conflictos de interés que pueden presentarse en la materia, así como el procedimiento que debe emplearse para realizar alguna de estas operaciones entre el administrador y la sociedad. El fundamento de la referida obligación de comunicar que pesa sobre los administradores radica en que la titularidad del interés protegido recae en la sociedad y es por tanto a ésta a quien le corresponde decidir si levanta la correspondiente prohibición permitiendo la realización de la actividad.

⁵² La misma disposición en su inciso 4º establece que los efectos de este artículo, se entiende que es de monto relevante todo acto o contrato que supere 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. Se presume que constituyen una sola operación todas aquellas que se perfeccionen en un período de 12 meses consecutivos por medio de uno o más actos similares o complementarios, en los que exista identidad de partes, incluidas las personas relacionadas, u objeto.

4.3. Deber de no explotar la posición de administrador

Este deber implica la prohibición de usar los activos sociales; la de utilizar información privilegiada; de obtener ventajas de terceros y se funda en la posición aventajada que ostenta éste en dicho cargo. En la ley chilena se encuentra establecido en el art. 42 de la LSA, que expresa: *“Los directores no podrán: 5) Tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en provecho propio, de sus parientes, representados o sociedades a que se refiere el inciso segundo del artículo 44, los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del directorio otorgada en conformidad a la ley; 6) Usar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio para la sociedad, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo, y 7) En general, practicar actos ilegales o contrarios a los estatutos o al interés social o usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para terceros relacionados en perjuicio del interés social”.*

A ella debemos adicionar la prohibición contemplada en el art. 165 de la Ley de Mercado de Valores relativa al uso de información privilegiada con sus consiguientes sanciones previstas en los artículos 55 y siguientes de la misma ley.

4.4. Deber de guardar reserva

Adicionalmente, los administradores están obligados a guardar secreto de las informaciones de carácter confidencial de naturaleza societaria. Este deber se vulnera cuando los sujetos obligados comunican la información confidencial a terceros particulares o la hace pública (divulgación). Este deber se justifica porque la finalidad del mismo y la naturaleza de su objeto hacen preciso extender su eficacia aún después de que aquéllos cesen en sus funciones, de modo que exceden la temporalidad del cargo desempeñado en miras de velar por el interés social. El precepto que contiene este deber en la LSA es el art. 43, que dispone:

“Los directores están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de su cargo y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía. En el caso de las sociedades anónimas abiertas, se entenderá que se ha producido dicha divulgación cuando la información se haya dado a conocer mediante los sistemas de información al mercado previstos por la Superintendencia, de acuerdo al artículo 10 de la Ley N° 18.045, o bajo otra modalidad compatible con lo dispuesto en el artículo 46.

No regirá esta obligación cuando la reserva lesione el interés social o se refiera a hechos u omisiones constitutivas de infracción de los estatutos sociales, de las leyes o de la normativa dictada por la Superintendencia en el ejercicio de sus atribuciones”.

4.5. Inmodificabilidad del deber de lealtad

¿Puede la sociedad dispensar a los administradores de estas prohibiciones?, es decir, podría modificarse por la voluntad de las partes el régimen de responsabilidad a que están sujetos los administradores. Consideramos que no, pues se trata de deberes inherentes al cargo, cuyas prohibiciones están establecidas en la mayoría de los casos mediante texto expreso con fuerza imperativa. Cualquier modificación de la responsabilidad a los administradores equivaldría a otorgarles discrecionalidad para beneficiarse a expensas de la sociedad en determinadas situaciones y, por tanto, ello implicaría la negación de la propia obligación que pesa sobre ellos de desempeñar el cargo cumpliendo los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la debida fidelidad al interés social.

Si bien en nuestra LSA no existe una norma general que prevea la responsabilidad por infracción del deber de lealtad (a diferencia del deber de diligencia), sin embargo, esta responsabilidad puede deducirse de varias disposiciones, siendo la más relevante la del inc. 3º del art. 39 de esta ley que establece una regla general de conducta a los directores, que coincide también con el art. 1546 del CC, aquéllas que tipifican conductas específicas (art. 44 y 89) o generales (Arts. 42 N°s 6 y 7, y 45), y lo dispuesto en los Arts. 133 y sptes.

5. DEBERES PARTICULARES DEL COMITÉ DE DIRECTORES

En la actualidad los directores independientes se han convertido en el pilar fundamental de los gobiernos corporativos. Su rol es de tal importancia, que se han constituido en un requerimiento de los principales centros bursátiles del mundo. Estos directores independientes tienen como misión, al igual que cualquier director, trabajar en función de los objetivos de la sociedad, por lo que son extrapolables todos los deberes antes analizados. En especial, se espera que la incorporación de directores independientes evite o mitigue la acumulación de poder en determinados agentes, que al no ser debidamente monitoreados, tendrán más facilidades para actuar en su propio beneficio. En este caso, los directores independientes pueden representar un contrapeso y una voz de alerta frente a medidas que perjudiquen el interés social de todos los accionistas. Por lo tanto, el aporte principal de estos agentes se relaciona con la objetividad y el monitoreo de la sociedad⁵³.

⁵³ Luis FIGUEROA y Francisco SANTIBÁÑEZ (División de Estudios y RR.II Superintendencia de Valores y Seguros de Chile), "Gobiernos corporativos y directores independientes", disponible en: http://www.svs.cl/sitio/otra_informacion/doc/iimv/revista_gc_y_directores_x_lfigueroa_y_fsantibanez_2003_03.pdf (20 de septiembre de 2011).

De acuerdo al art. 50 bis, las sociedades anónimas allí referidas deberán contar con un comité de directores que tendrán deberes y facultades particulares, como son:

- 1) Examinar los informes de los auditores externos, el balance y demás estados financieros presentados por los administradores o liquidadores de la sociedad a los accionistas, y pronunciarse respecto de éstos en forma previa a su presentación a los accionistas para su aprobación.
- 2) Proponer al directorio nombres para los auditores externos y clasificadores privados de riesgo, en su caso, que serán sugeridos a la junta de accionistas respectiva. En caso de desacuerdo, el directorio formulará una sugerencia propia, sometiéndose ambas a consideración de la junta de accionistas.
- 3) Examinar los antecedentes relativos a las operaciones a que se refiere el Título XVI y evacuar un informe respecto a esas operaciones. Una copia del informe será enviada al directorio, en el cual se deberá dar lectura a éste en la sesión citada para la aprobación o rechazo de la operación respectiva.
- 4) Examinar los sistemas de remuneraciones y planes de compensación de los gerentes, ejecutivos principales y trabajadores de la sociedad.
- 5) Preparar un informe anual de su gestión, en que se incluyan sus principales recomendaciones a los accionistas.
- 6) Informar al directorio respecto de la conveniencia de contratar o no a la empresa de auditoría externa para la prestación de servicios que no formen parte de la auditoría externa, cuando ellos no se encuentren prohibidos de conformidad a lo establecido en el artículo 242 de la Ley N° 18.045, en atención a si la naturaleza de tales servicios pueda generar un riesgo de pérdida de independencia.
- 7) Las demás materias que señale el estatuto social, o que le encomiende una junta de accionistas o el directorio, en su caso.

Como se puede apreciar, se trata de deberes atinentes a la gestión de la sociedad que deben asumir especialmente. Ello implica que estos directores tienen una carga mayor de deberes y obligaciones, lo que justifica el carácter remunerado que tienen estos administradores (art. 50 bis.).

IV. CONCLUSIONES: LAS REFORMAS PENDIENTES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS OCDE

1. De las modificaciones más relevantes introducidas por la Ley N° 20.382, se infiere que Chile ha modificado su modelo tradicional europeo continental en la materia. En tal sentido, es notoria la influencia que ha ido adquiriendo el modelo anglosajón, principalmente en lo que

respecta a la protección de los accionistas, de manera que en la actualidad Chile sigue un modelo dual, al igual como ocurre en buena parte de Derecho comparado, con una importante tendencia hacia un modelo corporativo orientado al accionista.

2. A partir de la Ley N° 20.382 se intervino el régimen de responsabilidad de la administración de las sociedades anónimas, al aumentar tanto el ámbito de aplicación subjetiva como objetiva en la materia. Se sumaron dos actores nuevos como son los directores independientes y el comité de directores, con deberes particulares, al tiempo que se incrementaron los deberes generales de los directores de la sociedad. A partir de las reformas descritas, Chile presenta un grado de cumplimiento razonable de los estándares de regulación en materia de gobiernos corporativos, pero aún existen áreas que requieren de reforma y perfeccionamiento. En relación a la normativa que regula la administración societaria, aún queda mucho por hacer, principalmente porque la ley no introdujo cambios sustanciales en el diseño de este sistema, sino que se limitó a complementar el marco legal en algunos puntos requeridos por la OCDE, manteniendo, de este modo, el caótico esquema normativo existente en la materia.

3. El sistema de deberes y de responsabilidades de los administradores no es claro, ni sistemático en la LSA, lo que es perjudicial si se considera que las concreciones de los deberes debieran estar claramente especificados en la ley, a fin de transparentar la actividad de administración de los directores de las sociedades anónimas, y de privilegiar la protección del interés social por sobre los intereses directos o indirectos de aquéllos. En tal sentido, se precisa que el elenco de deberes se establezca de una manera ordenada y coherente, precisando su contenido y las sanciones frente a su incumplimiento. Adicionalmente, la actual LSA no contempla todas las obligaciones relevantes que debieran asumir los directores, de manera que ello debe ser subsanado. En especial, deben agregarse los deberes de “no competir con la sociedad que administran” y “no explotar, de manera directa o indirecta, el mismo, análogo o complementario objeto social de la sociedad que administran”⁵⁴, pues sin estas prohibiciones difícilmente podrán cumplir fielmente con los intereses sociales”. Este vacío carece de justificación, si consideramos que este deber se estipula respecto de otros tipos sociales⁵⁵.

⁵⁴ Sobre el tema en detalle, véase: Regina DÍAZ TOLOSA, “Deber de los administradores de no competir con la sociedad anónima que administran”, *Revista de Derecho*, Vol. XX, N° 1, 2007, pp. 85-106.

⁵⁵ Vid. Art. 404 N° 4 CCo.

Junto con lo anterior, debiera establecerse un deber general de fidelidad en orden a que los directores actúen en el más alto interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los accionistas, empleados, así como el interés público. Este deber debe contemplar el deber de diligencia y el de lealtad⁵⁶.

4. No existe una definición de “independencia” de los denominados directores independientes, a ella llegamos a partir de un listado de incompatibilidades que se describen en la norma respectiva (Art. 50 bis.), de modo que la noción se determina en términos negativos, en la medida que no se cumple con ciertas inhabilidades. En nuestra opinión, esto debiera modificarse en función de considerar aspectos positivos, como por ejemplo una trayectoria que avale un actuar independiente, o requisitos tendientes a mitigar conflictos entre los intereses personales.
5. Por otra parte, tampoco se precisan las responsabilidades en que podrían incurrir los directores independientes y el comité de directores, lo que provoca cierta incertidumbre que puede ser perjudicial a la sociedad y los gobiernos corporativos, sobre todo si consideramos que la posibilidad de aplicar normas supletorias no mejora la situación por su falta de claridad y dispersión.
6. Por otra parte, reclamamos la existencia de requisitos de elegibilidad de los directores en general, que actualmente son inexistentes. No se trata de requerir expertos, pero sí personas que tengan una cierta noción de los temas sociales potencialmente relevantes, en que pueda evidenciarse un juicio crítico y, en general, no estén predispuestos –por su propia actividad– a los conflictos de intereses. Esto podría resultar muy conveniente si se considera que algunos requisitos mínimos para ser nombrados como administradores son recomendables para la correcta marcha de la sociedad (por ejemplo, la exigencia de honorabilidad comercial y profesional).
Frente a ello, debe considerarse que el diseño de un directorio eficiente pasa por fortalecer las distintas dimensiones que lo definen y determinan su contribución a la compañía a partir de sus funciones.
7. En este mismo sentido resulta perjudicial que el directorio pueda ser reelegido indefinidamente (Art. 31 LSA), en tanto ello se traduce en una

⁵⁶ Junto a ello debiera establecerse una política de riesgos, que abarque la especificación de los tipos y grados de riesgo que una sociedad está dispuesta a aceptar en su intento por cumplir sus objetivos. La relevancia de la misma es la de servir de una directriz vital para los directivos encargados de gestionar la sociedad, y permite apreciar con mayor precisión los posibles incumplimientos de los administradores.

perpetuidad en el cargo, lo que podría ocasionar –en palabras de la OCDE– “un atrincheramiento por parte de la Dirección, en la búsqueda de perpetuarse en sus puestos”, con la consiguiente vulnerabilidad que ello implica en el ejercicio de las funciones y la administración social.

8. Finalmente, en relación a las remuneraciones de estos cargos, debe considerarse que existe un número cada vez más elevado de países en los que la elaboración y la divulgación de una declaración relativa a la política retributiva de los miembros del Consejo y directivos principales está considerada como una buena práctica. Estas declaraciones de políticas tienen por objeto especificar la relación entre retribución y rendimiento, e incluyen normas evaluables que enfatizan los intereses de la sociedad a más largo plazo, frente a otras consideraciones a corto plazo.

EL ACCIONISTA ÚNICO COMO ADMINISTRADOR DE HECHO EN EL DERECHO URUGUAYO

CARLOS E. LÓPEZ RODRÍGUEZ

*Licenciado en Derecho, Universidad de la República, Uruguay.
Diploma de Estudios Avanzados en Derecho, Universidad de Valencia.
Maestría en Derecho de los Negocios, Universidade Federal do Rio Grande do Sul Porto Alegre, Brasil.
Profesor de Derecho Comercial, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay**

“Les gens que vous tuez se portent assez bien”.
P. Corneille, *Le menteur*, 1644

INTRODUCCIÓN

La existencia de situaciones en que quien administra una sociedad no coincide con quien ha sido formalmente designado para desempeñar esa función, no es un fenómeno novedoso. Es tan antigua como las disposiciones que han establecido responsabilidades y sanciones a los administradores. Además, a medida que el Derecho ha acentuado la responsabilidad de los administradores, más abundan los casos de administración de hecho.

Frente a esta situación, la legislación y la jurisprudencia, han buscado extender la responsabilidad más allá de aquellos sujetos que formalmente se desempeñan como administradores sociales, de modo de alcanzar tanto a los administradores aparentes como a los ocultos. La finalidad es imputar la responsabilidad a quien realmente corresponde y no a un mero testaferro.

* Abogado. Diploma de Estudios Avanzados, Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia, España. Maestría en Derecho de los Negocios, Facultad de Derecho de la *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS), Porto Alegre, Brasil. Profesor de Derecho comercial, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

Teóricamente, esta finalidad podía lograrse mediante otros instrumentos: acciones simulatorias, levantamiento del velo de la personería jurídica, etc. Sin embargo, la legislación y la jurisprudencia prefieren acudir a la figura del “*administrador de hecho*”.

Concomitantemente, el propio concepto de administrador de hecho ha sufrido una significativa evolución, desde un uso restringido a los casos de la administración aparente –en casos de caducidad o nulidad de la designación– hasta un uso cada vez más amplio –que incluye al administrador oculto– sea que se esconda bajo el ropaje de un factor, un director general o un apoderado. Igualmente, la ampliación del concepto de administrador de hecho, ha permitido imputar a las sociedades controlantes o a los socios únicos, las responsabilidades correspondientes a los administradores de derecho.

A la descripción y análisis de este último aspecto dedicaremos las páginas siguientes.

I. SOBRE LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES EN EL DERECHO URUGUAYO

A. LA CUESTIÓN DE LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DOGMÁTICA URUGUAYA

En el Derecho uruguayo, la existencia de un acuerdo entre una pluralidad de personas es de la esencia de toda sociedad mercantil¹, tal como ésta se encuentra definida en el art. 1 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 de 1989 (LSC):

“Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, físicas o jurídicas, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca”.

Por otra parte, aunque sobre el punto no existe unanimidad en la doctrina uruguay², la LSC se refiere permanentemente a la sociedad comercial como a un contrato, según se deduce de diversas disposiciones

¹ El legislador uruguayo, en el Código Civil (CC) califica a la sociedad como contrato. El Código de Comercio, también, regulaba a las sociedades entre los contratos y definía a la sociedad como contrato (art. 387).

² OLIVERA GARCÍA, por ejemplo, considera que la LSC no trata al negocio constitutivo como un contrato y que la regulación de la anónima no se encuentra construida sobre un paradigma contractual sino sobre uno institucional (OLIVERA GARCÍA, “El sistema constitutivo de la sociedad anónima en el Derecho uruguayo”, *Revista de Derecho Comercial*, N° 4 [Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011]).

(arts. 2, 5, 6, 250, 251 y 269)³. El art. 2 se refiere al contrato social. El art. 6 establece los requisitos formales del contrato social. El art. 10 tiene como *nomen iuris* “*Modificaciones del contrato social*” y establece que éstas se formalizan con iguales requisitos a los exigidos para la constitución de las sociedades.

En razón de su naturaleza contractual, se le aplica toda la normativa general de los contratos. El art. 5 establece expresamente:

“Regirán para las sociedades comerciales, las normas y los principios generales en materia de contratos en cuanto no se modifique por esta ley”.

El art. 22 de la LSC, asimismo, nos remite al régimen de nulidades que rige para los contratos, en todo lo que no se encuentre expresamente previsto o modificado por la LSC.

Coherentemente con la definición de la sociedad y la naturaleza contractual que la LSC le reconoce⁴, en el Derecho uruguayo, si se crea una sociedad por un solo socio, no se considera que estemos frente a un acto viciado, anulable, sino ante un negocio inexistente. Luego, si por la anulación del vínculo de uno o más socios con la sociedad, ésta queda reducida a un solo socio, se produce, también, la nulidad de la sociedad (art. 24).

Por otra parte, el número mínimo de socios debe existir no sólo en el acto de la constitución sino, también, a lo largo de la vida social. Por ello, el art. 159 de la LSC incluye, entre las causales de disolución, la reducción del número de socios a uno, con una remisión al art. 156. En este

³ En el proyecto originario, se decía en la definición que la sociedad era un contrato. Al definir a la sociedad comercial como contrato, se mantenía la línea del CCom y del CC que tradicionalmente así han considerado a la sociedad. En la discusión de la Comisión de la Cámara de Representantes se resolvió eliminar ese concepto de la definición.

⁴ En la doctrina uruguaya, RIPPE KÁISER cuestiona lo que califica como un “*rígido vínculo sociedad-contrato*”, al que considera históricamente explicable pero que hoy sólo sería aplicable, eventualmente, a las sociedades personales. Según este autor, la categorización de la sociedad como contrato resulta insuficiente y hasta incompatible con el negocio jurídico “*sociedad comercial*”, en particular en lo que se refiere a las sociedades anónimas. El vínculo sociedad-contrato sería, para este autor, un tributo pagado por el hecho de no contar en nuestro sistema jurídico con una teoría general del negocio jurídico (RIPPE KÁISER, *Sociedades comerciales, Ley N° 16.060*. 7ª ed. ampliada y actualizada [Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997], pp. 27 y 28).

RIPPE KÁISER, en definitiva, admite que en el régimen uruguayo la sociedad comercial tiene naturaleza contractual:

“Vale la pena anotar que el concepto legal no define la naturaleza del vínculo societario; sin embargo, diferentes disposiciones de la ley permiten afirmar categóricamente que se trata de un vínculo contractual. La naturaleza contractual de la relación social, unido a la calificación empresarial de la actividad comercial, permite concluir que la ley por una parte, incorpora el concepto de los contratos plurilaterales de organización y por la otra admite al aplicación de las normas generales relativas a los contratos plurilaterales de organización y por la otra admite la aplicación de las normas generales relativas a los contratos para la interpretación e integración del derecho de las sociedades comerciales” (RIPPE KÁISER, *op. cit.*, pp. 29 y 30).

último artículo se dan dos opciones al socio único, que deberá ejercer en el plazo de un año:

1. Puede recomponer la pluralidad, consiguiendo la adhesión de otra u otras personas que ingresen a la sociedad. En este caso, desaparece la causal de disolución. Se trata de una fórmula para la conservación del negocio societario.
2. Puede optar por declarar disuelta la sociedad. En este caso, no es necesaria la designación de un liquidador. El patrimonio social de la sociedad se trasmite a título universal al socio, bastando una declaratoria ante un escribano público, que se inscribirá en el Registro Nacional de Comercio. Con ello, la sociedad deja de existir.

El art. 158 establece que las normas de la sub-sección relacionadas con la rescisión parcial (arts. 144-157) no se aplicarán a los accionistas de sociedades anónimas y en comandita por acciones, salvo lo previsto por los arts. 151, 154, incs. 1 y 3 del art. 155 y los demás casos en que la LSC lo disponga. Esto explica por qué alguna doctrina ha entendido que el N° 8 del art. 159, por remitir al art. 156, no sería aplicable a las sociedades anónimas⁵.

Esta posición se vio avalada por lo dispuesto en el art. 10 del Decreto reglamentario 335/990, que declaró que, respecto a las sociedades anónimas, no procede la disolución cuando la totalidad del capital accionario pertenece a una sola persona:

“(Accionistas). Declárase que la totalidad del capital accionario de las sociedades anónimas puede pertenecer a una sola persona física o jurídica, no siendo de aplicación para aquéllas lo dispuesto por el numeral 8° del artículo 159”.

No coincidimos con esta interpretación. Advertimos que el art. 158 establece que las normas de la subsección que trata de la rescisión parcial son aplicables *“en los demás casos en que la ley lo disponga”*. Precisamente, el art. 159, ubicado en otra subsección, no diferencia entre los diversos tipos sociales ni, mucho menos, exceptúa de sus disposiciones a las sociedades

⁵ FERRO ASTRAY, “Sociedad unipersonal”, *ADC*, t. 5 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991), pp. 11 y ss.; OLIVERA GARCÍA, “La nueva Ley de Sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económico y Consorcios”, *Anales del Foro*, N° 100 (Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay, 1991), p. 59; OLIVERA GARCÍA, *Estudios de Derecho Societario* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005), p. 23; OLIVERA GARCÍA, “El sistema constitutivo de la sociedad anónima en el Derecho uruguayo”, *Revista de Derecho Comercial*, N° 4; RIPPE KÁISER, “Sociedad de un solo socio”, *ADC*, t. 7 (Montevideo: Fundación de cultura Universitaria), pp. 45 y ss.; WONSIK ZABIELOWIEZ, in: AA.VV., *Manual de Sociedades Comerciales*, t. 1 (Montevideo: Instituto de Investigación y Técnica Notarial de la Asociación de Escribanos del Uruguay, 1990), pp. 60-62.

anónimas y establece, en el N° 8, entre las causales de disolución, como ya se señaló, la reducción del número de socios a uno, con remisión al art. 156⁶. En consecuencia, en función de la remisión que efectúa el art. 159, inc. 8, el 156 sería aplicable, también, a las sociedades anónimas porque es un caso en que la Ley lo dispone.

Por lo demás, la interpretación de una norma legal por decreto o, peor aun, la declaración vía decreto de la inaplicabilidad de determinada disposición legal a las sociedades anónimas, debiera ser, cuando menos indiferente, puesto que en el Derecho uruguayo no se le reconoce al Poder Ejecutivo la potestad de interpretar las leyes, ni de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones legales. El Decreto 335/990, en la disposición en análisis, por lo tanto, es notoriamente ilegal⁷.

Sin embargo, una parte de la doctrina duda en calificarlo como tal y, en los hechos, por esta vía, la existencia de sociedades anónimas de un solo socio es sumamente común en el Uruguay.

B. LAS SOCIEDADES UNIPERSONALES EN LA PRÁCTICA URUGUAYA

1. Sociedades anónimas con unipersonalidad superviniente

Según acabamos de mencionar, respaldadas en el Decreto 335/090, existen en Uruguay una gran cantidad de sociedades anónimas que, si bien fueron constituidas por dos o más personas, devinieron en unipersonales con posterioridad y no por ello fueron disueltas.

Corresponde advertir que en el Derecho uruguayo, la disolución no opera de pleno Derecho sino que debe ser resuelta por los órganos sociales competentes o, bien, debe ser declarada judicialmente (art. 162). Esta declaración sólo puede ser solicitada por los socios o por terceros interesados, siendo cuestionable que exista, en los hechos, otro interesado que el único accionista para pedir la disolución⁸.

En los más de 20 años de vigencia de la LSC y de su norma reglamentaria, no existió ningún cuestionamiento a la sociedad anónima con unipersonalidad superviniente, ni en vía administrativa ni en la vía jurisdiccional. Las sociedades anónimas continúan siendo fiscalizadas por el Estado, a través de la Auditoría Interna de la Nación (AIN), sin que este organismo haya planteado jamás observación alguna a la comparecencia de un solo accionista representando la totalidad del capital accionario de

⁶ RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Societario Uruguayo*, v. 4 (*Sociedades Comerciales*), t. 1 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006).

⁷ OLIVERA GARCÍA, "El sistema constitutivo de la sociedad anónima en el Derecho uruguayo", *Revista de Derecho Comercial*, N° 4 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2011).

⁸ OLIVERA GARCÍA, *id.*, *ibíid.*

la anónima. Tampoco ha existido ningún pronunciamiento judicial que entendiera que una anónima se disolvió por concentración de su capital en manos de una sola persona, ni que otorgara a esta circunstancia efecto o consecuencia alguna sobre la responsabilidad del accionista⁹.

2. Adquisición de sociedades anónimas

La proliferación de sociedades anónimas unipersonales en el Uruguay tiene otra explicación.

En la práctica, los operadores económicos, en general, no constituyen sociedades sino que optan por “*adquirir*”¹⁰ sociedades preconstituidas procediendo, luego –en pocos casos– a reformar sus estatutos y, en la mayoría de los casos, regulando la especialidad de sus relaciones a través de convenios de sindicación de acciones.

Las sociedades anónimas que se constituyen por estudios profesionales, para ser enajenadas a sus clientes, respetan la pluralidad exigida por la LSC al momento de su constitución.

Luego, a pesar de que la LSC le encomienda a la AIN, el contralor de la legalidad, éste organismo –a pesar de que obviamente sabe que los estatutos que se presenta a su contralor no reflejan un verdadero consentimiento de los fundadores para aplicar sus aportes al ejercicio de una actividad comercial organizada, con la finalidad de distribuir utilidades y soportar las pérdidas en común– los aprueba sistemáticamente. No sólo la AIN no repara en la falta de un consentimiento real, en el sentido exigido por el art. 1 de la LSC, sino que tampoco advierte que el objeto “*ómnibus*”¹¹ que se suele estipular en las sociedades anónimas constituidas para ser enajenadas, no es admisible, pues implica una omisión a

⁹ OLIVERA GARCÍA, *id.*, *ibíd.*

¹⁰ Utilizaremos, a continuación las expresiones “*adquirir*”, “*comprar*”, “*vender*” sociedades o similares, por una comodidad de lenguaje y por ser ésta la forma en que se refiere al fenómeno que describimos en la práctica uruguaya. Estrictamente, como se sabe, las sociedades no se venden ni se compran, puesto que las sociedades son contratos o personas (según la perspectiva que se esté considerando). Lo que se vende, en todo caso, son las acciones de la sociedad en cuestión.

En la operación que se denomina “compraventa de una sociedad anónima”, el vendedor entregará al adquirente no sólo el paquete accionario completo, sino los estatutos, debidamente aprobados por la AIN y registrados, así como los ejemplares de las publicaciones realizadas. Asimismo, hará entrega de los libros sociales y contables básicos, debidamente certificados y con las anotaciones indispensables. Se suele incluir un acta de asamblea por la cual el comprador aprueba lo actuado por los fundadores y administradores que figuraron hasta el momento, de modo de evitar cualquier responsabilidad posterior de estos, especialmente, por haber retirado los activos aportados a la sociedad al cumplir con el requisito legal de integración de capital.

¹¹ Se denomina de esta manera a las cláusulas de objeto social que contienen una enumeración de todas las actividades posibles o imaginables, desde la A hasta la Z. De modo que se comienza con la astrofísica y se termina con la zapatería.

la determinación del objeto, que la LSC pretende¹². Tampoco repara en ello el Registro Nacional de Comercio (RNC)¹³.

Finalmente, los supuestos contratos de sociedad, celebrados para luego ser comercializados, carecen de causa o, a lo sumo, su causa es simulada. Sea que se considere la causa como la finalidad común perseguida al contratar (distribución de utilidades que se obtengan con la explotación del objeto social y soportar las pérdidas), sea que se la entienda como la finalidad de constituir un ente con patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica para la gestión de actos de comercio, o sea que se tome por tal el aporte del otro o de los otros socios, nada de esto se verifica en la constitución de sociedades para su posterior comercialización, por lo que la AIN o el RNC debieran advertir la nulidad, cosa que no sucede en la práctica.

Por otra parte, estas sociedades se constituyen en fraude a la Ley, puesto que, cumpliendo artificiosamente con los requisitos del iter constitutivo

¹² El art. 6 no utiliza el término “*determinado*” cuando dispone sobre las enunciaciones del contrato como, en cambio, sí lo hace la LSC argentina. El art. 6, simplemente, establece que el contrato debe contener “*el objeto o actividad que se proponga realizar*” (GERMÁN FLORIO, *Objeto y causa de las sociedades comerciales* [Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998], p. 74).

Por ello, alguna doctrina uruguaya ha considerado lícito que se pacte un objeto social indeterminado. Así, por ejemplo Schwartz consideraba lo siguiente:

“*El objeto indicado en el acto constitutivo lo es a los únicos efectos de limitar los actos de los representantes societarios, baciéndolos responsables cuando lo excedan, pero si es voluntad de los constituyentes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no limitar esos actos y convenir un objeto genérico, amplio y absoluto, no encuentro en nuestra ley norma ni razón que lo impida*”. (SCHWARTZ, “Sociedad comercial y tipos societarios”, in: AA.VV., *Manual de Sociedades Comerciales*, t. 1 [Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1990]). En nuestra opinión, basta con la lectura del art. 1 y el contexto de los arts. 1, 6, 79, 83 a 85, 159, 240 y 362 de la LSC, para concluir que los textos presuponen la determinación del objeto (RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, v. 2, *Obligaciones y contratos comerciales*, t. 1, *Régimen general de las obligaciones comerciales, compraventa y distribución mercantil* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005)). Por definición, la sociedad se constituye para realizar “*una actividad comercial*”. Además, la necesidad de determinación del objeto social resulta del contexto y las funciones del objeto sociales. Éstas sólo se cumplen si el objeto está determinado, a saber: 1. El contrato debe contener un objeto determinado, que sirva para delimitar la capacidad o el régimen de imputación de los actos de sus representantes. 2. En el régimen de la LSC, no podría el contrato establecer que el objeto es realizar actividades comerciales o realizar actividades industriales porque el objeto no puede ser de tal amplitud que pierda su función delimitativa de la capacidad del ente societario. Debe estar determinado el giro para que pueda cumplir con la función legitimadora o de imputación que la LSC le atribuye. 3. Debe estar determinado porque con ello se delimita la competencia desleal de socios o administradores y la posibilidad de la contratación de estos con la sociedad que integran. 4. La determinación del objeto interesa, además, para la apreciación de su licitud o de su posibilidad. 5. Por otra parte, la determinación del objeto ha de servir para la inserción de la sociedad que se crea, dentro de los regímenes especiales que se han creado por la ley, para determinadas actividades, como la intermediación financiera, la de mercado de valores, la de seguros, la de radiotransmisión, la de transporte, etcétera.

¹³ Observaba SCHWARTZ esta actitud del Registro Nacional de Comercio, en los términos siguientes: “*Debe señalarse que el Registro de Comercio, en ejercicio del contralor de legalidad de los contratos constitutivos de sociedades personales o por interés, acepta pacíficamente el objeto social indeterminado*”. (SCHWARTZ, *id.*, *ibid.*).

establecido por la LSC, se burla el sentido del régimen que se pretendió establecer¹⁴. En particular, se vulnera el régimen de integración de capital previsto en la LSC, puesto que, apenas controlada por la AIN la efectividad de los aportes, estos son recuperados por el estudio profesional que se ocupa de constituirlos, dejando a la sociedad constituida sin activo alguno. En definitiva, el verdadero objeto de esta sociedad es el fraude a la Ley y, en esa medida, su objeto es ilícito.

En definitiva, la cuestión es que, gracias a la tolerancia de la AIN y el RNC, prospera y abunda la constitución de sociedades anónimas con la única finalidad de ser enajenadas. La reciente incorporación al Derecho uruguayo de la “*empresa en el día*” (Decreto 155/010 de 24 de mayo de 2010) –nombre que se le ha dado a un mecanismo para la aceleración de los procesos para la instalación de empresas unipersonales¹⁵, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas, en Montevideo y en tres localidades del Interior– en nada ha cambiado la preferencia por la compra de sociedades anónimas preconstituidas.

Como fuere, esta práctica incide, indirectamente, sobre la proliferación de las sociedades anónimas con unipersonalidad superviniente, puesto que muchas veces, quien adquiere la totalidad de las acciones de la sociedad anónima que se “*vende*”, es una única persona física o jurídica. Esto es, el estudio profesional que constituyó la sociedad, no sólo le brindó a su cliente la posibilidad de contar con una sociedad anónima con sus estatutos ya aprobados por la AIN, controlada la integración del capital y debidamente registrados y publicados, en forma instantánea, sino que le han permitido a su cliente soslayar el requisito de pluralidad de socios que la LSC impone para la constitución de cualquier forma societaria.

Por lo tanto, si bien desde el punto de vista dogmático, las sociedades anónimas –al igual que los demás tipos societarios previstos en la LSC– no podrían ser constituidas por la mera voluntad de una sola persona, la práctica ha desarrollado un mecanismo constitutivo para el cual no se precisa, en última instancia, ni pluralidad de socios, ni aportes, ni determinación del objeto. En la práctica uruguaya, cualquier persona física o jurídica que desee desarrollar cualquier tipo de actividad lícita, eludiendo comprometer su patrimonio personal, no tiene más que adquirir la totalidad del paquete accionario de alguna de las sociedades anónimas cuya venta se ofrece libremente en nuestra plaza. Adviértase que, tal como se desa-

¹⁴ MOSSET ITURRASPE utiliza la expresión “burla a la preceptiva legal” (MOSSET ITURRASPE, “El fraude a la Ley”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, v. 4, Fraudes [Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1993], p. 12).

¹⁵ No se engañe el lector con esta alusión a las “*empresas unipersonales*”. No existe tal cosa en el Derecho uruguayo. El Poder Ejecutivo y diversos organismos estatales, como el Banco de Previsión Social y la Dirección General Impositiva, insiste en darle ese nombre a las personas físicas que tienen alguna actividad económica. Ninguna norma uruguaya crea un estatuto de la “*empresa unipersonal*” ni permite que las personas físicas limiten la responsabilidad que asumen al desarrollar una actividad económica, a no ser que constituyan o “*adquieran*” una sociedad mercantil.

rolla la práctica nacional, esa persona no compromete ni su patrimonio personal ni, en los hechos, ningún otro, puesto que, como se viene de decir, la integración de capital exigida por la LSC para la formación de un activo mínimo que responda frente a terceros, no existe en las sociedades anónimas preconstituidas, a menos que los adquirentes resuelvan reintegrar los aportes que los fundadores han retirado del patrimonio social apenas superado el control por la AIN.

II. SOBRE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO

Existen situaciones en las que un sujeto, formalmente extraño a los órganos de administración de la sociedad, interfiere en la gestión social, decisiva y sistemáticamente, sobreponiendo su voluntad a la de alguno o todos los administradores que desempeñan regularmente el cargo¹⁶. A los primeros, en adelante, los denominaremos “*administradores de hecho*” y a los segundos, “*administradores de derecho*”¹⁷.

Esta realidad puede originar graves consecuencias para la sociedad anónima, sus socios y cuantos se relacionan con ella (especialmente sus acreedores), al facilitar la elusión del régimen jurídico aplicable a los administradores¹⁸, siendo que entre las causas de este fenómeno puede estar el deseo de evitar la responsabilidad derivada de la administración de una sociedad¹⁹. Precisamente, para impedir que quien realmente administra una sociedad pueda eludir la asunción de las responsabilidades del cargo, es que se ha acuñado la expresión “*administrador de hecho*”. A esta figura se le atribuyen las mismas responsabilidades que al administrador de derecho, al menos en algunos casos²⁰.

El concepto de “*administrador de hecho*”, permite la aplicación del régimen que se ha entendido como el más adecuado para quien desempeña la función de administrador. De esta manera, es el efectivo ejercicio de

¹⁶ PÉREZ IDIARTEGARAY define a los administradores de hecho en los términos siguientes: “*Lo son aquellas personas que, sin ocupar o controlar formalmente el órgano de la sociedad, ejercen, por cualquier vía, una influencia decisiva que determina la decisión o las decisiones que ocasionan el daño a la sociedad*”. (PÉREZ IDIARTEGARAY, “Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”, *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y de la Integración*, N° 4 [Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004]).

¹⁷ La legislación española, como el resto de las legislaciones europeas, utiliza la expresión “*administrador de hecho*” en muy diversas normas. En todos los casos, se trata de extender la responsabilidad más allá de aquellos sujetos que formalmente se desempeñan como administradores sociales, de modo de alcanzar a los administradores aparentes u ocultos.

¹⁸ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades* (Cizur Menor-Navarra: Aranzadi, 2002), p. 158.

¹⁹ La experiencia demostraba que, a medida que la posición de los administradores se iba haciendo legalmente más comprometida, se iba extendiendo el hábito de recurrir a administradores aparentes (XAVIER DE MELLO, “Directores de S.A. en problemas”, *Economía y mercado*, p. 15, Montevideo: El País, 18 de mayo de 2009).

²⁰ DÍAZ ECHEGARAY, *op. cit.*, p. 159.

una función lo que determina el régimen aplicable y no la mera adopción de una forma jurídica, algunas veces utilizada en fraude a la Ley y en perjuicio de los derechos de terceros²¹.

A. CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO

La doctrina considera que es administrador de hecho aquél sujeto que ejerce autónomamente la gestión social, administrando y representando a la sociedad, a pesar de no integrar formalmente el órgano de administración²² y se admite la posibilidad de invocar esta figura para extender la responsabilidad que la LSC atribuye a los administradores de derecho, desde hace algún tiempo²³.

1. Poder autónomo de dirección y administración

Como ha quedado dicho, se requiere que la actividad se realice en función de un poder autónomo de dirección y administración, no siguiendo las instrucciones de los administradores formalmente designados, ni de otros terceros²⁴. El administrador de hecho, por lo tanto, debe ser capaz de decidir la suerte comercial y financiera de la empresa, imponiendo sus decisiones e influyendo de manera decisiva sobre la gestión²⁵.

2. Sobre la permanencia de la actuación

La doctrina se plantea la duda respecto a si, para poder considerar a un sujeto administrador de hecho, su actuación debe ser continuada y sistemática. Para alguna doctrina, una actividad esporádica, aunque pueda ser calificada como de dirección, gestión o administración, no permite conceptualizar a quien la realiza como administrador de hecho²⁶. Para otra

²¹ DÍAZ ECHEGARAY, *id.*, *ibíd.*

²² DÍAZ ECHEGARAY, *id.*, p. 34; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, "Concurtido, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)", in: AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal. Libro homenaje a Manuel Oñativia*, v. 5, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajatur, 2005), p. 4.936.

²³ MILLER ARTOLA, *Sociedades anónimas: directorio, síndico* (Montevideo: Amalio M. Fernández, 2005), p. 59; PÉREZ IDIARTEGARAY, *op. cit.*

²⁴ En este sentido, dice PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: "(...) se caracteriza el administrador de hecho, por ejercitar efectivamente funciones propias de la administración social, con una cierta extensión y continuidad y de manera autónoma, es decir, sin subordinación a un órgano de administración social". (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, "La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cómo y quién", *Aranzadi Civil*, Nº 5 [Pamplona: Aranzadi, 2009], pp. 15-49).

²⁵ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, pp. 41 y 42.

²⁶ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, pp. 41 y 43; DUQUE DOMÍNGUEZ, "El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal", in: AA.VV., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley Nº 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, dir. R. GARCÍA VILLAVARDE, A. ALONSO ÚREBA, J. PULGAR EZQUERRA (Madrid: Dilex, 2003); GIRGADO PERANDONES,

prestigiosa doctrina, sin embargo, una actuación aislada u ocasional debiera aparejar la misma consideración para su autor.

Esto parece ser de particular incidencia en el caso de actos del administrador de hecho que pudieran incidir sobre su responsabilidad concursal, en tanto para la calificación culpable del concurso se exige su concreta participación en la causación o agravación del estado de insolvencia societaria. Si un determinado sujeto participó con dolo o culpa grave, en el origen o agravación de la insolvencia, no se advierte obstáculo a su consideración como administrador de hecho, aunque se trate de una actuación puntual, consideradas, claro está, las circunstancias del caso²⁷.

B. SUBESPECIES DEL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO

La doctrina mercantilista maneja dos conceptos de administrador de hecho. Uno de ellos, restringido, que destaca el ejercicio de las funciones de administración en forma directa²⁸. El otro, más amplio, admite que se incluya dentro de esta noción al administrador oculto²⁹.

1. Administrador aparente o notorio

En la noción restrictiva, el administrador de hecho ha sido identificado con aquél que, careciendo de un nombramiento regular, ejerce de forma directa, continuada e independiente, sin oposición de la sociedad, una actividad positiva de gestión, idéntica o equivalente a la que ejerce un administrador de la sociedad formalmente constituido. Presenta, por lo tanto, alguna irregularidad en su situación jurídica, como podría ser el caso del administrador cuya designación pudiera estar afectada por una nulidad o no ha sido inscrita en el Registro, o su aceptación no ha sido debidamente recabada³⁰.

Esto es, el administrador de hecho es la persona que, efectiva y materialmente, tiene la voluntad de presentarse frente a terceros, como integrante del órgano de administración, con independencia de que cumpla o no

La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo (Madrid: Marcial Pons, 2002), p. 156.

²⁷ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, "Concurtido, cómplices...", p. 4.938.

²⁸ ALONSO UREBA, "La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación de crisis", *Derecho concursal, estudio sistemático de la Ley N° 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal* (Madrid: Dilex, 2003), p. 525; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital", *Comentarios a la Ley Concursal* (Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004), p. 710; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho en las sociedades de capital* (Albolote-Granada: Comares, 2003), p. 151.

²⁹ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, pp. 138 y 139; VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores* (Las Rozas: La Ley, 2008), pp. 129 y 130.

³⁰ LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, pp. 117 y 118.

con los requisitos formales legalmente exigidos. Por lo tanto, su actuación produce una “vinculación por apariencia” con la sociedad, siendo el nexo de imputación de sus actos a esta última, la tolerancia manifestada por parte de la sociedad y sus socios³¹.

Hay autores que consideran que en el Derecho societario debiera aplicarse un concepto restrictivo de administrador de hecho, que incluya hipótesis como la del administrador con nombramiento caducado que se mantiene en el ejercicio de la función de administración, o de la persona que hubiere asumido la gestión social frente a la omisión de aquél a quien le ha caducado el nombramiento. Fuera de estos casos puntuales, se considera que los administradores de hecho no deben considerarse sometidos a las responsabilidades previstas para los administradores de derecho³².

2. Administrador oculto o indirecto

Existen posturas doctrinales que abogan por una concepción más amplia de administrador de hecho, que ponen el énfasis en los aspectos sustanciales o funcionales de la definición de administrador.

En este sentido, en la determinación del concepto de “administrador de hecho”, prevalecen los supuestos de administración y gestión material, antes que las causas que originaron la falta de formalidades en el nombramiento (caducidad, nulidad o ausencia). Lo relevante, para este punto de vista, es la constatación de una actividad positiva e independiente en la toma de decisiones vinculadas a la administración y gestión empresarial, que la legislación societaria confía a los administradores formalmente constituidos³³.

³¹ CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*. (Madrid: Marcial Pons, 1988), pp. 241 y ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios, aspectos dogmáticos y jurisprudenciales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), p. 81; FERNÁNDEZ TERUELO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, p. 72 (Madrid: Dykinson, 1998); GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios, un enfoque mercantil*, p. 45; LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, pp. 151 y 152; GALLEGU SOLER, “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal”, in: AA.VV., *Derecho penal de la empresa* (Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002) p. 155; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación* (Barcelona: Bosch, 1999) pp. 119 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, *Responsabilidad penal en la empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), pp. 75 y 76; PERDICES HUETOS, “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho mercantil”, *Derecho penal de la empresa* (Pamplona: 2002), p. 138.

³² MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes: con la repercusión de los Juzgados de lo Mercantil en la “acumulación de acciones”, y la influencia de la crisis económica en el incremento de los concursos de acreedores y en la responsabilidad de los administradores de las empresas concursadas*, 6ta ed. (Bosch: Barcelona, 2009), pp. 85 y 86.

³³ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*; GALLEGU SOLER, “El concepto de administrador de hecho...”, pp. 154 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “Concurrido, cómplices...”, p. 4.936; GIRGADO PERANDONES, *op. cit.*; MACHADO PLAZAS, *El concurso de acreedores culpable: calificación y responsabilidad concursal* (Cizur Menor-Navarra: Thomson Civitas, 2006); PERDICES

En este sentido más amplio, se considera que, también, debe ser considerado como administrador de hecho, al administrador que, sin ocupar formalmente cargo alguno ni representación formal de la sociedad, ejerce sobre los administradores una influencia decisiva, incluso llegando a sustituir su voluntad³⁴.

El administrador de hecho oculto puede asumir dos variantes, según esté oculto bajo otra apariencia o sin exteriorizarlo formalmente por ninguna vía alternativa (*shadow director*)³⁵.

El administrador que se oculta bajo otra apariencia, externaliza su actuación pero no como administrador sino como un apoderado, un factor o cualquier otra figura que atribuya al sujeto cierta capacidad de actuación³⁶. Sin embargo, corresponde advertir que a pesar de que en la gestión de los negocios sociales, intervienen diversos colaboradores (directores o gerentes técnicos, administrativos, comerciales, financieros, etc.) sujetos a dependencia laboral, no les resulta aplicable la figura del administrador de hecho, puesto que carecen de un poder autónomo de dirección empresarial. Pese a lo dicho, la existencia de una relación laboral no excluye, necesariamente, la administración de hecho, pues es posible acreditar la falsedad de la relación de subordinación³⁷.

El administrador de hecho absolutamente oculto no deja rastros formales de su influencia sobre la administración social. No obstante, su dominio sobre la gestión puede ser tal que el administrador de de-

HUETOS, "El concepto de administrador de hecho...", pp. 134 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 15-49; QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas* (Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 1985), pp. 351-353.

LATORRE CHINER, en este sentido, expresa: "(...) Hoy se obtiene la impresión de que la administración fáctica constituye uno de los instrumentos más propicios para eludir la responsabilidad propia de los administradores sociales. Así pues, en coherencia con la nueva realidad, la nueva orientación de la doctrina conlleva la aplicación de las normas sobre responsabilidad a quienes se refugian en la ausencia total de investidura, consiguiendo encubrir la verdadera realidad societaria a través de ficciones cuidadosamente elaboradas. En la actualidad, parece, pues, fuera de toda duda que la doctrina del administrador de hecho ha de ser vista como un remedio a la elusión de responsabilidades cuya finalidad es imputar responsabilidad al sujeto que ejerce las funciones propias de un administrador sin serlo" (LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho...*, p. 16).

³⁴ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, p. 47.

³⁵ PERDICES HUETOS, "El concepto de administrador de hecho...", p. 142.

³⁶ La doctrina considera que la falta de autonomía o la existencia de subordinación, excluye del concepto de administrador de hecho a los meros apoderados, sea cual sea su título (Director General, Gerente, etc.) que estén jerárquicamente sometidos al órgano de administración (ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, [Barcelona: Bosch, 2005], pp. 96-99; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 15-49).

Sin embargo, PERDICES HUETOS cita jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a extender la responsabilidad a estos sujetos, siempre que de la prueba surja la conclusión inequívoca de que bajo la apariencia de apoderado o de factor se esconde el auténtico administrador de la sociedad (PERDICES HUETOS, "El concepto de administrador de hecho...", p. 143).

³⁷ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, p. 43.

recho no sea más que un mero ejecutor de sus órdenes, en calidad de testafierro³⁸.

Corresponde advertir, sin embargo, que la simple actividad de control –desarrollada por un socio mayoritario o por un acreedor que vigila el empleo de los fondos que ha prestado, o del franquiciador que ejerce los derechos que le atribuye el contrato– sin inmiscuirse en la gestión y administración, no resultan suficientes para poder considerarlos como administradores de hecho de la sociedad. Tampoco lo son las opiniones, los consejos, las recomendaciones, ni las ayudas financieras. La influencia debe poder ser calificada como decisiva³⁹.

C. EL ACCIONISTA ÚNICO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS UNIPERSONALES COMO ADMINISTRADOR DE HECHO

La doctrina considera que el único socio de una sociedad anónima puede ser considerado como administrador de hecho (a menos que en el confluja, también, la calidad de administrador de derecho), siempre que concurren los requisitos de habitualidad en el ejercicio de las funciones gestoras propias del órgano de administración, autonomía en el proceso de toma de decisiones y la actuación directa o en primera persona en la ejecución de lo resuelto⁴⁰.

1. Responsabilidad del accionista como administrador de hecho

Ahora bien, comprobada que sea la injerencia continuada del socio único –administrador de hecho, se plantea– frente al perjuicio patrimonial que haya sufrido la sociedad en virtud de su injerencia en la toma de decisiones – la cuestión de la responsabilidad frente a la sociedad y a los terceros. En otros términos, ¿es posible pensar en una acción social de responsabilidad contra este director de facto? Y en caso afirmativo ¿sobre qué elementos jurídicos corresponde fundar dicha tesitura?⁴¹

MILLER ARTOLA responde a esto en términos generales, que pueden ser aplicados al caso en que el administrador de hecho sea el socio de una sociedad anónima unipersonal:

“Cuando sus instrucciones o influencias o injerencias determinan en el director de derecho la adopción de una decisión por parte del órgano de administración

³⁸ FERNÁNDEZ BAUTISTA, *El administrador de hecho y de derecho: aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), p. 311.

³⁹ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...*, pp. 41 y 47.

⁴⁰ MARTORELL ZULUETA, “Administración, dirección y gestión de las sociedades mercantiles. Delimitación conceptual; análisis jurisprudencial”, in: AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Dir. Salvador VILATA MENADAS (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005), p. 39.

⁴¹ MILLER ARTOLA, *op. cit.*, p. 60.

que vulnera la Ley, el estatuto o bien el código de conducta del buen hombre de negocios o la lealtad debida a la sociedad, y tal decisión es generadora directa de un daño a la sociedad, tanto el director de derecho como el de facto son responsables”.⁴²

En nuestro concepto, la existencia de un administrador de hecho supone un negocio simulado celebrado por el único accionista. El accionista –tiene el deber de actuar de buena fe– porque es parte del contrato societario. Si el accionista actúa de hecho en un directorio, bajo la máscara de un director designado formalmente, quien debe responder es el accionista. La realidad debe primar sobre la simulación⁴³.

2. Responsabilidad de la sociedad controlante

La existencia de un socio único suele obedecer a una situación de control, en que la controlante designa a los administradores de las controladas. HIRSCH sostiene que la sociedad madre –accionista única de las sociedades filiales– designa a los administradores de cada filial y, en función de ello, responde por las faltas cometidos por tales administradores, sosteniendo que la sociedad madre es un administrador de hecho de la sociedad filial⁴⁴.

3. Responsabilidad del accionista de una sociedad preconstituida

En las páginas precedentes observamos que las sociedades preconstituidas pudieran estar afectadas por una nulidad que se arrastraría, como es natural, desde la celebración del contrato social, derivada de su objeto o causa ilícitos.

Ahora bien, las nulidades producidas por objeto o causa ilícitos, en la LSC, no son subsanables (art. 30) y para esta categoría de nulidades, el art. 28 prevé que de la declaración de nulidad se deriva, preceptivamente, la responsabilidad solidaria de los fundadores, socios, administradores y de “*quienes actúen como tales en la gestión social*”, por el pasivo social y los perjuicios causados.

La expresión “*quienes actúen como tales en la gestión social*”, a nuestro entender, es una referencia indudable a los administradores de hecho.

⁴² MILLER ARTOLA, *id. ibíd.*

⁴³ RODRÍGUEZ OLIVERA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Societario Uruguayo*, v. 4 (*Sociedades Comerciales*), t. 4, *Órganos sociales* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007).

⁴⁴ HIRSCH transcribe una sentencia suiza de 1981, que reconocía el carácter de administrador de hecho a la sociedad controlante: “(...) *los representantes de la Société de Banque Suisse tenían una gran influencia sobre la sociedad y contribuía activamente a la formación de la voluntad social, abreviando, ellos eran materialmente los órganos de la sociedad*”. (HIRSCH, “La Responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales”, *Jornadas Brasileñas de 1984 de la Association Henri Capitant* [Porto Alegre, 1984]).

4. Responsabilidad concursal

El art. 201 de la Ley Concursal uruguaya N° 18.387 de 2008 (LCU)⁴⁵ –inspirado en lo que se convirtiera en el art. 172.3 de la Ley Concursal española N° 22 de 9 de julio de 2003⁴⁶– dispone que si se ha abierto el incidente de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia puede condenar a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa⁴⁷. Por esta vía, estrictamente, el accionista único de una sociedad anónima se podría ver compelido al “pago directo” a los acreedores del déficit concursal, por más que pareciera más razonable que el producto de la condena se integre a la masa activa⁴⁸.

El art. 201 establece un tope para la condena, que sería el monto total de los créditos no percibidos en la liquidación. El juez tiene la facultad discrecional de establecer una condena al pago parcial de dicho importe. Estrictamente, pues, podría no condenar, dado el giro lingüístico utilizado por el legislador (“podrá contener además, la condena”)⁴⁹.

⁴⁵ El art. 201, inc. 2, de la LCU, establece:

“En el caso de que el deudor cuyo concurso hubiera sido calificado como culpable fuese una persona jurídica, la sentencia de calificación podrá contener además, la condena a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, e integrantes del órgano de control interno, o a algunos de ellos, a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva”.

⁴⁶ Los autores del anteproyecto de la Ley Concursal uruguaya se inspiraron en la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1995 redactada por Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO que, a su vez, fuera uno de las fuentes de la actual Ley española.

El art. 172.3 establece:

“Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”.

⁴⁷ Corresponde advertir que prestigiosa doctrina y jurisprudencia consideran que la condena al pago del déficit concursal es preceptiva. Ésta vendría a ser una consecuencia automática de la calificación del concurso como culpable, siempre que el incidente de calificación se hubiera formado o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (GARCÍA-CRUCES, “El problema de la represión de la conducta del deudor...”, p. 305; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 15-49; RAMOS MONTESA, “Art. 272, Sentencia de calificación”, in: AA.VV., *Nueva Ley Concursal, Ley N° 22/2003, de 9 de julio*, coord. A.Sala, F.Mercadal y J.Alonso-Cuevillas, 2da ed. (Barcelona: Bosch, 2004), pp. 747 y 748).

Algunas resoluciones judiciales privan de significado al verbo “poder” utilizado en el precepto, por considerar que tiene un sentido neutro y que no es expresión de una voluntad del legislador de atribuir una auténtica facultad al juzgador para decidir sobre la imposición o no, de tal condena (SJM 1 de Madrid, de 16 de enero de 2007, *ADC*, t. 11, 2007, p. 537).

⁴⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”, *RDCP*, N° 10 (Madrid: La Ley, 2009), p. 28.

⁴⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, pp. 15-49.

El juez debe atender al grado de imputabilidad del daño causado directamente a la sociedad e indirectamente a los acreedores, al no ver satisfechos sus créditos⁵⁰. Incluso los autores que defienden la tesis de la responsabilidad-sanción, admiten que la imputabilidad del perjuicio es un presupuesto de la responsabilidad concursal⁵¹.

5. Responsabilidad por la oferta pública de valores

En el art. 82, inc. 3, de la Ley de Mercado de Valores Nº 18.627 de 2009 (LMV), se establece que, a los efectos de lo dispuesto en ella, las “*personas físicas o jurídicas beneficiarias reales de parte del patrimonio social bajo cuya dirección o instrucciones suelen actuar los directores*” de una sociedad tendrán las mismas responsabilidades de los directores en cuanto sea aplicable.

Con la curiosa expresión que acabamos de entrecomillar, la LMV se refiere, sin duda, a los administradores de hecho. Para esta ley, la delimitación del concepto de administrador de hecho reposa en dos elementos: el disponer del poder habitual de dirección y el ser beneficiario real de parte del patrimonio social.

El primero de los elementos referidos es el que normalmente la doctrina utiliza para calificar a un sujeto como administrador de hecho. Ya el segundo, es de difícil interpretación.

La expresión “*beneficiarias reales de parte del patrimonio social*” parece referirse a la existencia de una suerte de confusión patrimonial entre la sociedad y quien efectivamente la dirige. Podría ser el caso de una sociedad anónima que tenga un único accionista, asumiendo que la utilización de esta forma societaria obedece sólo a la finalidad de limitar la responsabilidad de quien sería, en realidad, el verdadero titular del patrimonio social.

CONCLUSIONES

1. Si bien la LSC uruguaya exige que las sociedades anónimas sean constituidas por dos o más personas, en la práctica, esta exigencia

⁵⁰ ALONSO UREBA, *op. cit.*, p. 546; VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador...*, pp. 107 y 110.

⁵¹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso. Sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores”, *AC*, Nº 3 (Pamplona: Aranzadi, 2003), p. 3; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, in: AA.VV., *La reforma de la legislación concursal, Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (Madrid [etc.]: Marcial Pons [etc.], 2003), pp. 306 y 307; LLEBOT MAJÓ, “La responsabilidad concursal de los administradores”, *RGD*, v. 657, junio (Valencia: Augusto Vicente y Almela, 1999), p. 7.565.

- ha sido superada por la vía de la compra de sociedades anónimas preconstituidas. En definitiva, si una persona física o jurídica, desea valerse de una sociedad anónima para realizar una actividad comercial o no, sin comprometer para ello su patrimonio personal, en el Uruguay lo hace sin necesidad de compartir la participación accionaria en esa sociedad con ningún otro accionista. Le basta con adquirir la totalidad del paquete accionario de una sociedad anónima preconstituida, a cualquiera de los estudios profesionales que se dedican a ello.
2. Teóricamente, el accionista único de una sociedad anónima podría llegar a ver comprometido su patrimonio, si se admitiera que se le apliquen las mismas disposiciones que al socio único de los demás tipos sociales, o si se reconociera que la preconstitución de sociedades anónimas es un negocio afectado por alguna nulidad. Sin embargo, en los veinte años de vigencia que lleva la LSC, las sociedades anónimas de un solo accionista han proliferado sin el menor inconveniente.
 3. Dos leyes recientes, de la mayor relevancia –la LCU (2008) y la LMV (2009)– han hecho ingresar a la legislación uruguaya el concepto de administrador de hecho que, hasta entonces, sólo aparecía en el Derecho uruguayo referido como una construcción doctrinaria o jurisprudencial.
 4. El accionista único de una sociedad anónima, eventualmente, podría ser considerado como administrador de hecho y, consecuentemente, por esa vía, quedar sujeto a las mismas responsabilidades establecidas para el administrador de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO UREBA, A. “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación de crisis”, *Derecho concursal, estudio sistemático de la Ley N° 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, pp. 97 y ss. Madrid: Dilex, 2003.
- CASTRO MORENO, A. *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, pp. 241 y ss. Madrid: Marcial Pons, 1988.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L. *El administrador de hecho de las sociedades*. Cizur Menor-Navarra: Aranzadi, 2002.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F. “El concurso del grupo de empresas en la Ley Concursal”, in: AA.VV., *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley N° 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, dir. R. GARCÍA VILLAVERDE, A. ALONSO UREBA, J. PULGAR EZQUERRA. Madrid: Dilex, 2003.
- ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, Á. *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*. Barcelona: Bosch, 2005.

- FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios, aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. *El administrador de hecho y de derecho: aproximación a los delitos con restricciones con sede de autoría*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. “La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, *Comentarios a la Ley Concursal*, pp. 701-721. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Los delitos societarios en el Código Penal español*. Madrid: Dykinson, 1998.
- FERRO ASTRAY, J.A. “Sociedad unipersonal”, *Anuario de Derecho Comercial (ADC)*, t. 5, pp. 11 y ss. Montevideo: FCU, 1991.
- GALLEGO SOLER, J.I. “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal”, in: AA.VV., *Derecho penal de la empresa* (Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002).
- GARCÍA CAVERO, P. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, pp. 119 y ss. Barcelona: Bosch, 1999.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. “Concurtido, cómplices y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)”, in: AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, v. 5, pp. 4.913-4.946. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; Cádiz: Unicaja; Córdoba: Cajasur, 2005.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. “Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso. Sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores”, *Aranzadi Civil (AC)*, N° 3, pp. 2.185-2.204. Pamplona: Aranzadi, 2003.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, in: AA.VV., *La reforma de la legislación concursal, Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, dir. Á. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, pp. 248-322. Madrid [etc.]: Marcial Pons [etc.], 2003.
- GERMÁN FLORIO, C.D. *Objeto y causa de las sociedades comerciales*. Montevideo: FCU, 1998.
- GIRGADO PERANDONES, P. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo* Madrid: Marcial Pons, 2002.
- HIRSCH, D.R. “La responsabilité des groupes bancaires internationaux pour leurs filiales”, *Jornadas Brasileñas de la Association Henri Capitant*. Porto Alegre: 1984.
- LATORRE CHINER, N. *Los administradores de hecho en las sociedades de capital*. Albolote-Granada: Comares, 2003.
- LLEBOT MAJÓ, J.O. “La responsabilidad concursal de los administradores”, *Revista General de Derecho (RGD)*, v. 657, junio. Valencia: Augusto Vicente y Almela, 1999.
- MACHADO PLAZAS, J. *El concurso de acreedores culpable: calificación y responsabilidad concursal*. Cizur Menor-Navarra: Thomson Civitas, 2006.

- MARORELL ZULUETA, P. “Administración, dirección y gestión de las sociedades mercantiles. Delimitación conceptual; análisis jurisprudencial”, in: AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Dir. Salvador VILATA MENADAS, pp. 13-76. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2005.
- MILLER ARTOLA, *Sociedades anónimas: directorio, síndico*. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2005.
- MOSSET ITURRASPE, J. “El fraude a la Ley”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, v. 4, *Fraudes*, pp. 7-62. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1993.
- MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes: con la repercusión de los Juzgados de lo Mercantil en la “acumulación de acciones”, y la influencia de la crisis económica en el incremento de los concursos de acreedores y en la responsabilidad de los administradores de las empresas concursadas*, 6ª ed. Bosch: Barcelona, 2009.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Responsabilidad penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- OLIVERA GARCÍA, R.M. “La nueva Ley de Sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económico y Consorcios”, *Anales del Foro*, N° 100, pp. 59 y ss. Montevideo: Colegio de Abogados del Uruguay, 1991.
- OLIVERA GARCÍA, R.M. *Estudios de Derecho Societario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- OLIVERA GARCÍA, R.M. “El sistema constitutivo de la sociedad anónima en el Derecho uruguayo”, *Revista de Derecho Comercial*, N° 4. Montevideo: FCU, 2011.
- PERDICES HUETOS, A.B. “El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho mercantil”, *Derecho penal de la empresa*, pp. 131-146. Pamplona: 2002.
- PÉREZ IDIARTEGARAY, S. “Algunos aspectos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas”, *Revista de Derecho Comercial, de la Empresa y de la Integración*, N° 4. Montevideo: FCU, 2004.
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. “La responsabilidad concursal de los administradores sociales ex art. 172. 3 LC: una reflexión más sobre cuándo, cómo y quién”, *AC*, N° 5. Pamplona: Aranzadi, 2009.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal (RDGP)*, N° 10. Madrid: La Ley, 2009.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, 1985.
- RAMOS MONTESA, Á. “Art. 272, Sentencia de calificación”, in: AA.VV., *Nueva Ley Concursal, Ley N° 22/2003, de 9 de julio*, coord. A. Sala, F. Mercadal y J. Alonso-Cuevillas, 2ª ed. Barcelona: Bosch, 2004.
- RIPPE KÁISER, S. “Sociedad de un solo socio”, *ADC*, t. 7, pp. 45 y ss. Montevideo: FCU. RIPPE KÁISER, S. *Sociedades comerciales, Ley N° 16.060*. 7ª ed. ampliada y actualizada. Montevideo: FCU, 1997.

- RODRÍGUEZ OLIVERA, N.E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C.E. *Manual de Derecho Societario Uruguayo*, v. 4 *Sociedades Comerciales*, t. 1 *Introducción al Derecho societario, normativa aplicable, intereses tutelados y principios, disposiciones generales de la Ley N° 16.060, concepto de sociedad*. Montevideo: FCU, 2006.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, N.E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C.E. *Manual de Derecho Societario Uruguayo*, v. 4 *Sociedades Comerciales*, t. 4 *Órganos sociales*. Montevideo: FCU, 2007. RODRÍGUEZ OLIVERA, N.E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C.E. *Manual de Derecho Societario Uruguayo*, v. 2: *Obligaciones y contratos comerciales*, t. 1: *Régimen general de las obligaciones comerciales. Compraventa y distribución mercantil*. Montevideo, FCU, 2005.
- SCHWARTZ, J. "Sociedad comercial y tipos societarios", in: AA.VV., *Manual de Sociedades Comerciales*, t. 1. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1990.
- VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*. Las Rozas: La Ley, 2008.
- XAVIER DE MELLO, E. "Directores de S.A. en problemas", *Economía y mercado*, p. 15, Montevideo: El País, 18 de mayo de 2009.
- WONSIK ZABIELOWIEZ, M. in: AA.VV., *Manual de Sociedades Comerciales*, t. 1. Montevideo: Instituto de Investigación y Técnica Notarial de la Asociación de Escribanos del Uruguay, 1990.

ARBITRABILIDAD OBJETIVA EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIETARIA EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: ¿ES EL ARBITRAJE INTERNO UN MECANISMO INTEGRADOR Y SUPLETORIO DE LA FUNCIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN?

SOPHÍA ROMERO RODRÍGUEZ*

*Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte
Profesora Auxiliar de Derecho Procesal, Universidad Católica del Norte
Doctoranda en Derecho, Universidad de los Andes
Becaria CONICYT*

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la existencia de un tráfico jurídico en creciente aumento genera la necesidad en los sujetos involucrados de disponer de medios de solución de conflictos que respondan con celeridad y eficiencia a los requerimientos que dichas operaciones involucran.

El arbitraje, como sistema para la solución extrajudicial de conflictos, está en auge sobre todo en estos sectores de la actividad económica en donde la valoración de determinadas “cualidades” del procedimiento ante árbitro, como son la discreción, la celeridad y la especialización en la materia objeto de enjuiciamiento por parte de aquéllos que han de llevarlo a cabo, se hace necesario en virtud de los intereses en juego¹.

* El presente trabajo fue elaborado para la aprobación del curso *Conflicto Societario Mercantil en el Derecho Societario Chileno*, dictado por el profesor Dr. Eduardo Jequier Lehedé dentro del Programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, durante el año académico 2011, cuyo texto fue revisado y adecuado para la presente publicación.

Principales abreviaturas utilizadas. Código Orgánico de Tribunales (COT); Código de Procedimiento Civil (CPC); Ley de Arbitraje (LA); Ley de Arbitraje de Derecho Privado (LADP); Sentencia del Tribunal Supremo Español (STS); Lei de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 (LOAT); Código de Comercio (CCo).

¹ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Comares, 2001, p. 1. En igual sentido, DEL ÁGUILA, Paolo. “Poder Judicial y arbitraje: la reforma de la Administración de Justicia en manos privadas”. En *Revista de Economía y Derecho*, 4 (13), 2007, p. 62. Base de Datos EBSCOhost. [Fecha de búsqueda: 19 de octubre de 2010].

Esta institución procesal, que tantos beneficios genera a propósito del cumplimiento de las cualidades descritas, se regula en nuestro ordenamiento jurídico de manera inorgánica, existiendo varios cuerpos legales que regulan distintos aspectos del mismo, cuestión que produce confusión en el estudio dogmático y en la aplicación práctica de ella.

El arbitraje, en definitiva, permite poner término a una controversia a través de una decisión emanada del árbitro, decisión que tiene el mismo efecto que una resolución judicial dictada por un tribunal ordinario, el de cosa juzgada.

Sin embargo, en este sentido, se hace necesario determinar cuál es el objeto del arbitraje puesto que si entendemos la expresión *controversia* en un sentido amplio o restringido, las posibilidades de someter una diferencia surgida en el seno de una relación jurídico-privada –específicamente la producida dentro de un órgano de administración de una sociedad de capital– también se amplían o se restringen.

Como regla general, los particulares siempre pueden pactar someter a arbitraje un conflicto que se produzca entre ellas en virtud de la disposición de los derechos que en dicho conflicto se ven involucrados. En términos genéricos, la disponibilidad de los derechos se encuentra asociada al orden privado de los mismos, sin que dicho criterio sea el único válido para predicar la arbitrabilidad de una materia².

En relación con los tipos sociales, esta regla podría ser perfectamente aplicable a las sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, en comandita, y por acciones. Sucede lo contrario, en relación con las sociedades anónimas en donde las normas que regulan dichas sociedades, en términos generales, son de carácter imperativo, situación que produce que las partes no puedan disponer de ellas. Sin embargo, no olvidemos que aún cuando las sociedades anónimas se encuentran reguladas por normas esencialmente imperativas, éstas se originan de un acto jurídico de carácter privado, esto es, el concurso de las voluntades de varios sujetos de derecho en pos a su creación.

Es por ello, que la disponibilidad o indisponibilidad de los derechos consagrados en las normas es un primer indicio para determinar si un conflicto de intereses es susceptible o no de ser sometido a arbitraje, pero no el único.

Es de este modo, que atendido el marco de Derecho Privado en donde se encuentra enclavado el Derecho Societario, ante la posibilidad de someter a arbitraje diversas cuestiones que se susciten durante la vigencia de

² La tutela secundaria –o procesal– en materia civil configurada de acuerdo con el principio dispositivo no es más que la continuidad, en el plano procesal, de la libertad de ejercicio y de disposición que sobre los derechos subjetivos privados y otros intereses igualmente privados reconoce el Derecho material. ORTELLS RAMOS, Manuel, *et al. Derecho Procesal Civil*. Elcano: Thompson Civitas, 2005, p. 37.

una sociedad, surge la interrogante si es posible o no someter a arbitraje las eventuales diferencias –se desea elegir a tal o cual auditor externo por poseer ciertas calidades profesionales que otro candidato no tiene, por ejemplo– o faltas de acuerdo –por empate o falta de quórum legal o reglamentario, por ejemplo– dentro de las sociedades de capital reguladas por el ordenamiento jurídico chileno, a efectos evitar la inmovilización de la sociedad y continuar con el giro de la misma. La situación descrita se puede producir en aquellas sociedades que están administradas por órganos colegiados, como son las sociedades de capital en Chile.

Para graficar de forma más clara el caso, baste un ejemplo: en la junta ordinaria de accionistas de una sociedad anónima se someterá a decisión la modificación del reparto de utilidades. Conforme el artículo 67 de la LSA, esta materia requiere del voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto. ¿Podrían pactar los accionistas que a falta de acuerdo conforme el quórum legal dicha decisión sea tomada por un árbitro?

De este tema en particular trata el presente trabajo. Diremos previamente el motivo de la interrogante que desarrolla esta investigación y su origen a propósito de la legislación española y cómo se ha desarrollado doctrinariamente esta discusión en ese país. A continuación, nos referimos brevemente al acuerdo como acto jurídico complejo, y como la suma de las voluntades individuales se constituye en la voluntad social. Posteriormente, abordaremos la regulación legal de los tipos sociales y del arbitraje interno en Chile, a efectos de establecer si es posible aplicar o no los criterios creados por la doctrina española y las distinciones allí planteadas. Finalmente, formularemos algunas ideas y conclusiones a efectos de intentar una respuesta a las preguntas planteadas.

I. ANTECEDENTES PARA LA DISCUSIÓN

Las interrogantes propuestas de manera inicial no tienen su origen a propósito de la legislación nacional, aún cuando son absolutamente válidas atendida la falta de tratamiento legal sistemático del arbitraje interno en Chile, y además por el tenor ambiguo de las expresiones que el legislador chileno ha utilizado para referirse al objeto del arbitraje, como veremos más adelante. Adicionalmente, otro elemento para generar las dificultades que se presentan en este punto está dado por la discusión doctrinal respecto de la naturaleza jurídica de los acuerdos tomados por los órganos colegiados que tienen la administración de la sociedad y de la cual emanan, por tanto, su voluntad, tesis que tampoco se ha desarrollado en nuestra doctrina. Por tanto, si el objeto del arbitraje es poco claro en nuestro Derecho y tampoco existe claridad respecto del proceso de formación de la voluntad social a través de órganos colegiados; ¿cabe

suplir o completar la voluntad social mediante la decisión arbitral de un tercero que no es miembro de los órganos colegiados de administración social?; ¿puede el árbitro salvar una situación de empate surgida en el seno de los órganos que la ley establece para cada sociedad de capital en específico?³ Daremos algunos indicios en este apartado a fin de intentar alguna respuesta al respecto.

(1.1.) EN CUANTO AL ARBITRAJE E INSTITUCIONES AFINES

Esta discusión se produjo en España debido a la legislación histórica que regulaba el arbitraje –específicamente el Código de Comercio de 1829–, previa a la actual y vigente Ley N° 60/2003, en donde junto con la institución arbitral se regulaban dos instituciones afines: el peritaje y el arbitrio de un tercero o arbitramiento –este tercero era llamado arbitrador–.

El elemento común de estas tres instituciones está constituido por la intervención de un tercero ajeno a la relación jurídica sustancial que se somete a lo que este tercero señale, ya sea complementándola o emitiendo un juicio sobre lo fáctico, los que resultan vinculantes para las partes.

De la lectura de los preceptos de la legislación comercial española de 1829 dedicados al juicio de peritos o al juicio de corredores, se deduce que el arbitraje era considerado de forma amplísima. Atendiendo el lenguaje jurídico actual en España, donde el arbitraje se diferencia de otras figuras como el arbitrio de terceros y los peritajes, el arbitraje en el Código de Comercio español de 1829 englobaba a todos ellos.

Así, el arbitraje era un medio para resolver controversias o disputas entre las partes; *una forma de completar, integrar o modificar una relación jurídica (arbitrio de terceros)*; y finalmente, un medio por el que el árbitro realizaba una actividad valorativa o de reconocimiento, donde se incluían tanto las hipótesis en que existía una discrepancia previa entre las partes, como las situaciones en las que no se daba una controversia, sino una situación de alteración de la cosa o doble venta por parte del vendedor⁴.

Esta ley consideraba el arbitraje como una institución dirigida ya a dirimir una amplia gama de situaciones, desde las meras diferencias hasta las contestaciones o contiendas, ya a reconocer cierto estado de hechos sin necesidad siquiera de la existencia de una disputa, discordancia o mero desacuerdo de las partes. Y que, al mismo tiempo, el juicio de peritos consistía en un actividad valorativa en la que la existencia de una contro-

³ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. *Arbitraje forzoso, arbitrabilidad y arbitraje societario. Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno y español*. Tesis Doctoral. Facultat de Dret. Departament de Dret Administratiu i Procesal. Area de Procesal. Universitat de València. 2009, p. 456.

⁴ PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley N° 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*. Thompson Aranzadi, Elcano, 2005, p. 37.

versia, diferencia, duda o contestación, o la mera falta de convenio entre ellas, podía hacerse valer tanto en juicio de árbitros como en juicio de peritos, lo que doctrinalmente significaba englobar bajo el arbitraje tanto el arbitrio de terceros como el juicio de peritos, y al mismo tiempo dentro del juicio pericial tenían cabida los supuestos de arbitrio de terceros⁵.

Posteriormente, las leyes procesales de 1855 y 1881, regulan el arbitraje restringiendo lo arbitrable a las controversias o cuestiones litigiosas entre partes, equiparando la institución arbitral a los procedimientos judiciales. En definitiva, la LADP dictada el 22 de diciembre de 1953, resulta ser la plasmación legal de lo consagrado en legislaciones anteriores, cuando indica que la arbitrabilidad recaía *sobre cuestiones conflictivas, temas controvertidos, controversias o diferencias*. De este modo se entiende superada la confusión entre arbitraje y el arbitrio de terceros^{6, 7}.

Posteriormente, en la Ley de Arbitraje de 1988, la arbitrabilidad gira en torno a la “*cuestión litigiosa*”, y también las “*diferencias*” adoptándose un criterio más jurisdiccional en comparación con la LADP que se refería en forma amplia⁸.

Lo anterior se funda en que “la misión de los árbitros no puede consistir en dirimir una *situación de hecho* controvertida, supuesto en el que se estaría concluyendo un peritaje dirimente o, en todo caso, *un pacto diverso del arbitraje*. La función de los árbitros debe trascender de ese plano estrictamente técnico o simplemente dirimente, y abarcar una decisión sobre la atribución de derechos subjetivos a las partes contendientes⁹”.

En la actual ley de arbitraje –60/2003– se aplica el mismo criterio, en el artículo 2.1 que señala que son susceptibles de arbitraje *las controversias* sobre materias de libre disposición conforme a derecho¹⁰.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en un fallo dictado bajo el imperio de la LADP –criterio que es completamente aplicable a la legislación actualmente vigente–, que “[...] esta Sala haya *distinguido entre el arbitraje propiamente dicho en que la controversia constituye la causa del compromiso y la figura afín del arbitrador a que alude el párrafo segundo del citado artículo segundo, en la cual el tercero a la*

⁵ PERALES, 2005, p. 39

⁶ PERALES, 2005, p. 57.

⁷ Artículo 2 de la LADP: “A los efectos de la presente Ley, se entiende por arbitraje la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión.

No se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente.

En este caso, los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuarán sometidos al régimen particular que hoy en cada supuesto se establece”. Disponible en Base de Datos WestLaw España. [Fecha de visita: 17 de octubre de 2011] (los destacados son nuestros).

⁸ PERALES, 2005, p. 67.

⁹ BERNARDO, 2001, p. 33.

¹⁰ Ello, sin perjuicio de lo que diremos en el párrafo III.

controversia no arbitra sino sólo interviene para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente [...]^{11, 12}.

En el mismo sentido, respecto de las diferencias entre arbitraje e informe de peritos, el Tribunal Supremo aplicando la antigua Ley de Arbitraje de 1988 –sin perjuicio de resultar aplicable el criterio con la nueva legislación–: “Ahora bien, el hecho de que dictamen pericial en cuestión se puede considerar como una institución “sui generis”, en el que los peritos no actúan como asesores sino como decisores, en una actividad próxima a la propia de los árbitros, *no permite negar carácter pericial al trabajo que realizan para asimilarla a un arbitraje de equidad*, por más que pudiera entenderse que el arbitraje puede ofrecer más ventajas al asegurado en cuanto a rapidez, eficacia, economía y vinculación, [...]. *Lo cierto es que una y otra son instituciones jurídicas distintas con régimen jurídico igualmente distinto*”¹³.

El mismo fallo continúa diferenciando, respecto de las causales de impugnación de cada una de las instituciones en comento: “[...] existen diferencias notables entre la impugnación de un laudo y la impugnación del dictamen pericial [...]. A diferencia del arbitraje, que solo podrá anularse por motivos tasados, no se impide a los Jueces y Tribunales conocer con plenitud la impugnación de un peritaje. *Además, mientras los árbitros deciden motivadamente, en derecho o en equidad, la total controversia existente entre las partes, el procedimiento de peritos queda circunscrito a la evaluación y valoración de los daños a abonar por el asegurado producidos por un siniestro, y su informe resulta inatacable transcurridos los plazos de impugnación judicial; diferencias que se hacen más llamativas si cabe a partir de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) hecha por Ley N° 60/2003 (RCL 2003, 3010), de Arbitraje, que cambia el sistema de ejecución del laudo*

¹¹ STS de 11 de diciembre de 1987. [RAJ 9417]. Disponible en Base de Datos WestLaw España. [Fecha de visita: 17 de octubre de 2011].

¹² En el mismo sentido, otra sentencia del TS distingue entre la transacción propia en donde son las partes las que ponen término a un litigio pendiente o precaven uno eventual haciéndose concesiones recíprocas y la impropia, en la que aun no reuniendo los requisitos del arbitraje, se encomienda a un tercero la solución cuya intervención no afectará a la esencia y naturaleza de la transacción. “la resolución impugnada declara probados (los hechos) en donde no medió el concurso de voluntades exigido por el párr. 1º del art. 22 de la Ley de 22 diciembre 1953 para designar la totalidad de los peritos arquitectos a los que se confió la revisión de la obra que origina este litigio, *por lo que la estipulación concertada en aquellos documentos escapa de los límites dentro de los cuales el compromiso se configura en nuestro Derecho Positivo* (párr. 2º del art. 22), *para asemejarse más bien al llamado arbitraje a que alude el art. 1477 del Código Civil, y sobre todo a la transacción impropia que reconoce la Sentencia de esta Sala de 20 octubre 1952 en la que la intervención de un tercero no afecta para nada a su esencia y naturaleza*”. (los destacados son nuestros). STS de 10 de junio de 1968. [RAJ 3179]. Disponible en Base de Datos WestLaw España. [Fecha de visita: 17 de octubre de 2011]

¹³ STS de 11 de noviembre de 2009. [RAJ 96]. Disponible en Base de Datos WestLaw España. [Fecha de visita: 17 de octubre de 2011] (los destacados son nuestros).

para atribuir fuerza ejecutiva a “los laudos o resoluciones arbitrales”, sin hacer mención alguna al dictamen que resulta del artículo 38 LCS, de tal forma que el procedimiento de impugnación no se hace a través de los artículos 1 y 46 de la Ley de Arbitraje, sino en la forma prevista en la citada norma”¹⁴.

Sin embargo, aún cuando la doctrina mayoritaria en España entiende que dentro del arbitraje no cabe el arbitrio de terceros, la doctrina más moderna aboga por la inclusión de este concepto como criterio para delimitar la arbitrabilidad objetiva, situación que se funda en el análisis de la ley de arbitraje vigente y la propensión a favorecer la arbitrabilidad de los conflictos como lo hace la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos¹⁵.

(1.2.) EN CUANTO A LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD
SOCIAL EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS QUE DETENTAN LA
ADMINISTRACIÓN SOCIAL

Como apuntábamos en párrafos precedentes, la voluntad de una sociedad de capital se forma de manera compleja, en donde intervienen varios órganos, cada cual de ellos formado por varios individuos, y que tiene delimitadas esferas competenciales precisas por ley. De este modo, la voluntad de la sociedad es reflejo de los acuerdos –o desacuerdos– entre los miembros de estos órganos que administran a la persona jurídica.

La formación de la voluntad en las personas jurídicas no es una discusión exclusiva del Derecho de sociedades, sino que considera un ámbito más amplio de lo jurídico, fenómeno que pretende ser explicado por dos teorías: la teoría de la representación y la del órgano.

Conforme la teoría de la representación, las personas jurídicas tienen atribuida capacidad de goce, pero no de ejercicio, por lo que sólo es posible que actúen en la vida jurídica a través de sus representantes. Por tanto, los efectos del acto ejecutado por el representante en nombre de su representado y dentro de la esfera de los poderes conferidos, se radican en la persona jurídica, pero –al contrario de lo que ocurre en la representación de las personas naturales– no se consideran como ejecutados por el representado, sino como actos ejecutados por el representante¹⁶.

La teoría del órgano, en cambio, atribuye a la persona colectiva la capacidad de ejercicio por medio de sus órganos. Entre órganos y persona jurídica no existe una relación de representación sino de voluntad y

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ PERALES, 2005, pp. 84-85.

¹⁶ LYON PUELMA, Alberto. *Personas jurídicas*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, p. 132.

acción del órgano. De este modo, la persona jurídica actúa por sí misma, a través de sus órganos¹⁷.

Dependiendo qué teoría se asuma, se determina automáticamente la vinculación jurídica que asumen las personas naturales que, en definitiva, forman la voluntad de la persona jurídica, ya sea en calidad de representantes de ésta o como parte del órgano de la misma¹⁸.

En este sentido, y volviendo con nuestro tema de investigación, si entendemos que la voluntad de la sociedad es sinónimo de la del órgano –colegiado para nuestro caso– o la de la suma de todos los miembros del o los órgano(s) de administración, habrá que determinar si aplicar una u otra teoría posibilita suplir la falta de acuerdo entre quienes administran la sociedad a través de la decisión vinculante de un tercero árbitro.

En estos órganos colegiados desde donde emana la voluntad social, los acuerdos allí producidos son actos jurídicos complejos y de carácter concursal. Complejos, por requerir para su existencia y validez elementos diversos, aunados en procedimientos específicos y cumplimiento de formalidades, todos necesarios para su conjunción y nacimiento; y concursal, por estar formado por las voluntades individuales de sus integrantes, unidas hacia un único fin –el interés social– y la dotación a cada integrante del órgano de las mismas oportunidades de actuación¹⁹.

Los acuerdos tomados dentro de estos órganos son resultado de procesos de debate, seguidos de una deliberación, la votación individual de cada miembro y de la manifestación de la decisión final que, ya sea por mayoría o unanimidad, constituye la voluntad social. Por tanto, la voluntad social no es más que suma de las voluntades individuales de los miembros del órgano tendientes a obtener un efecto jurídico determinado por ley²⁰.

Al ser la voluntad social la suma de las voluntades de las personas naturales que componen el órgano, se puede concluir, *a contrario sensu*, que si no existe acuerdo dentro del órgano, no existe voluntad social.

Pero tratándose la voluntad social de un acto complejo formado por las voluntades individuales de las personas naturales que componen el órgano, podríamos, en una primera aproximación, estimar que efectivamente sería posible pactar someterse a la decisión de un tercero ante la falta de acuerdo. Otra cosa distinta es catalogar a ese tercero como árbitro. En este sentido, nos referiremos en los apartados siguientes.

¹⁷ *Idem*, p. 133.

¹⁸ LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro. “Los administradores de la sociedad anónima. ‘Los ejecutivos’: verdaderos capitanes de la empresa”. En *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 1999, p. 90.

¹⁹ SÁNCHEZ LINDE, Mario. “El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima”. En *Revista de Derecho de Sociedades*, Pamplona: Aranzadi Thompson Reuters, N° 33, 2009, pp. 74-75.

²⁰ LYON, 2006, pp. 178-179.

II. SOBRE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA Y LA REGULACIÓN APLICABLE A LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD SOCIAL

Atendida la interrogante planteada al inicio del presente trabajo y los antecedentes expuestos en los párrafos anteriores, se hace necesario señalar de manera somera la regulación legal de las sociedades de capital en Chile y la eventual situación de falta de acuerdo o existencia de diferencias entre los miembros de un órgano colegiado de administración social.

En general, la mayoría de las sociedades comerciales en Chile se encuentran reguladas dentro del Código de Comercio, con vigencia desde el 23 de noviembre de 1865, con excepción de las Leyes N° 3.918 y N° 18.046, sobre sociedades de responsabilidad limitada y anónima, respectivamente.

Cada uno de los tipos sociales cuenta con una administración que puede ser unipersonal o colegiada, y que puede ser ejercida por los propios socios o por representantes de éstos; o también, puede estar ejercida por más de un órgano, los que tienen competencias específicas en relación a materias determinadas.

En Chile, tenemos dos sociedades de capital, a saber, la por acciones y las anónimas, abiertas y cerradas.

La *sociedad por acciones*, se rige por lo señalado en el pacto social. En el evento que nada se regule al respecto en él, se deben aplicar las disposiciones del Código de Comercio relativos a este tipo de sociedades –artículos 425 a 446–, y subsidiariamente, las disposiciones de la Ley N° 18.046 aplicables a las sociedades anónimas cerradas²¹.

Las *sociedades anónimas*, son administradas por dos órganos, el directorio y la junta de accionistas. Cada órgano posee competencias específicas.

Dichos órganos encuentran una regulación expresa en la forma de funcionamiento y en, lo relativo a nuestro tema, a la forma de tomar decisiones que se transforman en definitiva en la voluntad de la sociedad, exigiéndose para determinados casos quórums específicos para la conformación de la voluntad social.

Indistintamente del régimen simple o complejo de administración que puedan darse los socios en aquellas materias disponibles, y limitados a la conformación normativa que el legislador a tipificado para otros tipos sociales, hay que observar que en todos los tipos sociales analizados existen sectores que el legislador no ha regulado y que permitirían en

²¹ Cabe señalar, que conforme a Ley N° 20.190 que incluyó en la regulación nacional la sociedad por acciones, se permite la unipersonalidad en este tipo de sociedades, esto es, que exista un solo accionista. Mayores antecedentes en JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. “Unipersonalidad y sociedad con un solo socio; alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del Derecho chileno”, en *Ius et Praxis*, Abeledo Perrot, Santiago, vol. 17, N° 2, 2011, pp. 189-230.

principio la disposición de dichas materias, atendida la naturaleza de Derecho Privado del Derecho comercial, y por consiguiente la arbitrabilidad de dichas cuestiones²².

Lo cierto es que la arbitrabilidad, en primer lugar, no debe confundirse con el carácter imperativo o no de la norma que regule determinada materia mercantil y, en segundo término, existen concretos sectores del universo mercantil, donde la arbitrabilidad de específicas cuestiones o materias no resulta clara ni sencilla de determinar, con lo cual queda desmentida la ecuación arbitrabilidad igual a la mercantilidad de la controversia y, en consecuencia, no toda la materia mercantil es *per se* arbitrable²³.

III. REGULACIÓN LEGAL DEL ARBITRAJE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO: EN ESPECIAL, DE SU OBJETO

El artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales establece la estructura de los tribunales que forman parte del Poder Judicial, como tribunales ordinarios o especiales, además de señalar que éstos últimos no forman parte de este poder del Estado, regulándose por sus normativas especiales.

Del mismo modo, en el inciso final de dicha disposición se establece “*Los jueces árbitros se regirán por el Título IX de este Código*”, referencia que ha generado múltiples debates en el aspecto doctrinario en lo referido al carácter jurisdiccional o no de la aplicación que del derecho hacen los árbitros al decidir un conflicto de intereses²⁴.

Sin perjuicio de dicha discusión, la regulación orgánica del arbitraje se encuentra en el Código Orgánico de Tribunales, entre los artículos 222 y siguientes, Título IX²⁵.

Dicha normativa contempla los requisitos que debe cumplir la persona del árbitro, quienes son capaces para nombrarlo y las calidades que puede revestir dicho nombramiento.

²² Si bien, en un principio, podría aparecer que la arbitrabilidad mercantil puede darse *prima facie* por admitida sin reservas, como corresponde a un sector del ordenamiento jurídico donde el principio de autonomía de la voluntad está ampliamente reconocido, y que como consecuencia de ello la mayor parte de la materia mercantil puede ser objeto de sometimiento a arbitraje. PERALES, 2005, p. 15.

²³ PERALES, 2005, p. 16.

²⁴ Asumiendo que dicha controversia no es parte de la presente investigación, sólo diremos que adherimos a la posición doctrinal que considera fuera de la función jurisdiccional a la desempeñada por los árbitros. Ello básicamente por dos cuestiones: 1) El origen contractual del arbitraje –sin perjuicio de las hipótesis de arbitraje forzoso que obedecen a cuestiones de política judicial y legislativa– y, 2) La falta de investidura pública del órgano que decide la controversia.

²⁵ En su inspiración histórica, nuestro sistema de arbitraje civil fue recibido en la Lei de Organización de los Tribunales siguiendo las antiguas regulaciones españolas sobre esta misma materia, contenidas en los tradicionales cuerpos del derecho castellano. ROMERO SEGUEL, Alejandro. “Nociones generales sobre la justicia arbitral”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 2, 1999, p. 411.

Además, se establecen las materias de arbitraje forzoso, voluntario y prohibido y algunas normas de carácter procesal como inhabilidades, forma y plazo de dictación del laudo arbitral, medios de impugnación del mismo, y causales de cesación de la competencia del árbitro para conocer del asunto sometido a su decisión.

En lo referido a nuestro estudio, podemos indicar que el artículo 232 establece en su inciso primero que *“El nombramiento de árbitros deberá hacerse con el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio sometido a su decisión”*²⁶.

Por tanto, dentro de las esferas de disposición de los particulares, éstos pueden someter a arbitraje los conflictos de intereses, más precisamente, *los litigios* que se produzcan entre ellas, siempre que estén de acuerdo de forma unánime.

Sin embargo, debe reconocerse que se trata de una atribución bastante precaria, por cuanto el compromiso puede cesar si las partes concurren de común acuerdo a la justicia ordinaria o a otros árbitros solicitando la resolución del mismo negocio, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 240 N° 1^{27, 28}.

(3.1.) SOBRE EL CONTENIDO DE LAS EXPRESIONES “ASUNTO LITIGIOSO” Y “CONTROVERSIA”

Conforme el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales, “se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un *asunto litigioso*”.

En España, la anterior ley de arbitraje –de 1988– refería en similares términos que el objeto de arbitraje eran las *cuestiones litigiosas*, lo que en la opinión de la doctrina mayoritaria de ese país, significaba asimilar la función jurisdiccional a la arbitral, de tal forma que *sólo podían someterse a arbitraje cuestiones jurídicas*, pero nunca económicas; o en una posición similar, que *los árbitros sólo podían decidir acerca de derechos*

²⁶ Denominado doctrinariamente convenio arbitral, siendo el compromiso y la cláusula arbitral especies de ese género. Se utiliza una u otra designación en nuestro derecho dependiendo si se designa o no el árbitro en el acuerdo de voluntades. Ambos, sin embargo, producen en el ámbito procesal el efecto de atribuir competencia por razón de la materia al tribunal arbitral, vedando del conocimiento el asunto a los otros tribunales ordinarios o especiales. ROMERO, 1999, p. 417.

²⁷ ROMERO, 1999, 416.

²⁸ Lo mismo ocurre en España, conforme el texto del artículo 11, N° 1 de la LA 60/2003. “El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria” (el destacado es nuestro). Conforme el tenor de la norma, es posible que aún cuando exista un convenio arbitral, una parte presente demanda en contra de otra ante tribunal ordinario. Si esta última no alega la excepción de incompetencia por declinatoria, se entiende que las partes han dejado sin efecto el convenio arbitral. BERNARDO, 2001, p. 43.

y no opinar simplemente sobre determinados hechos; y finalmente que lo que no era susceptible de ser objeto de un pleito no podía ser tampoco objeto de arbitraje.

Las conclusiones se veían avaladas por el texto de la anterior LADP –de 1953– que expresamente señalaba que no estaban incluidos dentro de la figura del arbitraje, el arbitrio de terceros y los peritajes²⁹.

Sin embargo, la actual ley de arbitraje español utiliza el concepto “controversia”, que es, conforme algún sector de la doctrina, más amplio que el de “cuestión o asunto litigioso”, puesto que el adjetivo “litigioso” del concepto hace suponer la necesaria existencia de un conflicto de interés, una disputa de carácter procedimental, situaciones que estarían incluidas dentro del concepto “controversia”, pero que no abarcaría la totalidad del concepto.

Por tanto, podríamos hablar de un concepto amplio de controversia y otro restringido. En el primero de ellos, sería posible considerar como supuesto de arbitrabilidad objetiva³⁰ toda situación de desacuerdo entre particulares, un litigio propiamente dicho y adicionalmente, la integración de una relación jurídica inconclusa o el juicio de un experto respecto de un hecho, todos casos en que tiene carácter vinculante para las partes lo que decida el tercero; en el segundo, sólo sería posible considerar como supuesto de arbitrabilidad objetiva, aquellas situaciones en donde efectivamente se produzca un litigio, una contienda entre partes que detentan intereses contrapuestos^{31, 32}.

“Lo cierto es que en la actualidad es inútil la discusión sobre el carácter fáctico o jurídico de la controversia, para reservar a este último al arbitraje,

²⁹ PERALES, 2005, pp. 83-84.

³⁰ Arbitrabilidad objetiva o *rationae materiae* hace referencia, pero no totalmente, a la materia que es objeto de la disputa, sea susceptible de su sometimiento a arbitraje, esto es, que se trate de una materia de libre disposición conforme a Derecho. Además, no sólo se agota la arbitrabilidad objetiva en lo anterior, sino se propone un concepto más amplio que también involucre el concepto de “controversias”. PERALES, 2005, p. 29. Adherimos a la posición de esta autora, dado que es relevante la determinación, dependiendo del ordenamiento jurídico específico, de cuál es el objeto preciso del arbitraje.

³¹ “Es por ello que resulta relevante la interpretación que se haga de la expresión controversia para determinar los criterios delimitadores y diferenciadores entre ambas nociones, así, si se atiende a una visión estricta el conflicto excluye la posibilidad de integrar una relación jurídica como función, ya que aun cuando tiene este instituto un origen convencional, luego trasciende al ámbito meramente privado. Para otros, en cambio, en ambos casos puede hablarse de un conflicto, pues la diferencia entre ellos sólo estribaría en que el primero resuelve una mera controversia y el segundo una pacífica divergencia”. VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing, 2009, p. 23.

³² “Podría parecer que con esta expresión –controversias– la Ley pretende ampliar el campo de aplicación del arbitraje y reconducirlo a supuestos en los que no haya una oposición de intereses propiamente dicha entre los sujetos involucrados en el convenio arbitral. De esta forma se podría dar cabida a situaciones en que la función del árbitro fuera más próxima a la del arbitrador o perito dirimente”. CARAZO LIÉBANA, María José. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 46-47.

toda vez que lo que la práctica mercantil y forense evidencia día a día es la inseparabilidad de las cuestiones jurídicas de las demás discrepancias, divergencias y desacuerdos”³³.

Volviendo a la legislación chilena, y aplicando lo anotado precedentemente, la expresión “asuntos litigiosos” utilizada por nuestra norma procesal nos obligaría a pensar que necesariamente el objeto del arbitraje debería ser un litigio, considerando, además de lo señalado en el párrafo anterior la asimilación que nuestro código efectúa entre jueces y árbitros.

El primer elemento para la interpretación de una norma en el Derecho Privado, es lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil, que atiende al tenor literal de las palabras utilizadas por el legislador.

Siguiendo dicho precepto, el Diccionario de la RAE define asunto, en su cuarta acepción, como “Negocio, ocupación, quehacer” y al adjetivo litigioso, que deriva del sustantivo litigio, como “pleito, altercación en juicio, disputa, contienda”.

Por su parte, la expresión contienda significa en su primera acepción, “discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas”³⁴.

Al parecer, efectivamente el concepto controversia, por su sentido literal, es más amplio que el de asunto litigioso.

Podríamos concluir que efectivamente no sería posible dentro del concepto de arbitraje, incluir el denominado arbitrio de tercero o arbitramento y los peritajes, sin que fuera admisible en nuestra legislación la integración a través de un arbitraje de la voluntad social amagada por la falta de acuerdo de los miembros de sus órganos de administración³⁵.

La doctrina nacional tradicional también lo ha entendido de ese modo. “La determinación por terceros de un elemento de una convención no es arbitraje ni peritaje. No puede ser arbitraje, porque cualesquiera que sean los términos que la ley emplee, no es un juicio, ya que falta en él la existencia de una controversia, elemento esencial de todo juicio”³⁶. “El peritaje cumple su fin a través de un informe que evacua un perito. Tal

³³ VÁSQUEZ, 2009, p. 24.

³⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Voces “asunto”, “litigio”, “controversia”. Disponibles en: <http://www.rae.es/rae.html> [Fecha de visita: 19 de octubre de 2011].

³⁵ El artículo 227 del COT establece materias de arbitraje forzoso, entre las cuales cabe citar las contenidas en los numerales 3 y 4 de dicha norma: “Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes: 3° Las *cuestiones* a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas; 4° Las *diferencias* que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio;”. Aún cuando podríamos estimar que las expresiones “cuestiones” y “diferencias” podrían tener un contenido más amplio que el de “asunto litigioso”, igualmente se mantiene el argumento de texto legal del artículo 222 del COT que por ser más general, necesariamente supedita el ejercicio del arbitraje a la existencia de un litigio.

³⁶ AYLWIN AZÓCAR, Patricio. *El juicio arbitral*. Santiago: Fallos del Mes, 1982, p. 27.

informe no importa resolución alguna; sólo contiene una opinión autorizada por la competencia técnica de quien la da y por los fundamentos en que se apoya, que persigue “informar”, esto es, dar noticias e instrucción sobre alguna cosa, con la mira de producir el convencimiento del juez o de los interesados. El informe de peritos carece de la más mínima fuerza obligatoria y deja a la persona o personas que lo pidieron en absoluta libertad para aceptar sus conclusiones o rechazarlas. Lo dicho basta para diferenciar el peritaje del arbitraje”³⁷.

(3.2.) ELEMENTOS CARACTERIZADORES DEL ARBITRAJE, EN ESPECIAL, SOBRE LA NATURALEZA DECISORIA DE SU FUNCIÓN

A pesar de la conclusión extraída del análisis del artículo 222 del COT, entendemos que de la revisión de algunos supuestos legales de nuestro ordenamiento jurídico podríamos matizar las aseveraciones efectuadas.

Como hemos señalado en los párrafos precedentes, la legislación española original –Código de Comercio de 1829– asimilaba al arbitraje el arbitramiento y el peritaje, situación que fue modificada con las reformas introducidas por normas de carácter procesal que asignaron al arbitraje una visión más cercana a la jurisdiccional, lo que se plasmó con la incorporación en el texto de la LADP del artículo 2 que expresamente negaba la calidad de arbitraje a esos dos institutos.

En Chile no se produjo tal disyuntiva, puesto que el arbitraje se reguló originalmente en la LOAT –1875– pasando de manera similar a nuestro actual COT; y el arbitrio de tercero y los peritajes se contempla en algunas hipótesis legales en los Códigos Civil –1857– y de Comercio –1865–, separación que contribuyó a la separación del arbitraje –como cauce procedimental– de las otras cuestiones que se pueden considerar como “diferencias pacíficas”, las que tenían mayor cercanía a la relación jurídica sustancial.

Sin embargo, nos parece interesante apuntar a una cuestión que pudiese permitirnos entregar argumentos para considerar el arbitramiento y los peritajes, dentro de un concepto amplio de arbitraje. El artículo 352 del Código de Comercio de redacción original –1865– aún vigente, señala cuáles son las menciones que debe contener una escritura de constitución de una sociedad colectiva comercial. Su numeral 10 señala como mención: “Si las diferencias que les ocurran durante la sociedad deberán ser o no sometidas a la resolución de arbitradores, y en el primer caso, la forma en que deba hacerse el nombramiento”. Nuestro actual COT define los arbitradores como aquellos árbitros que fallan obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, sin estar obligados a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan

³⁷ AYLWIN, 1982, p. 22.

expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el CPC.

Relacionando ambas normas, conforme sus textos vigentes, podemos concluir que en la escritura de constitución de una sociedad colectiva comercial, los socios pueden pactar una cláusula arbitral, otorgándole facultad de arbitrador desde ya.

Cabe señalar que la norma del COT es antecedente de la contenida en la LOAT que aún no se encontraba vigente cuando el CCo se dictó. Considerando que dicho cuerpo de leyes mercantil tuvo como fuente principal el Código de Comercio Español de 1829 –en donde el arbitrador o el arbitrio de un tercero estaba considerado dentro del concepto de arbitraje– nos parece que la disposición del numeral 10 del artículo 352 del CCo, no apunta a lo que en Chile tradicionalmente se ha entendido como arbitraje con la aplicación del artículo 222 del COT –decisión de un asunto litigioso–, sino a un concepto más amplio, ya que dicho texto no se encontraba limitado a la época de su dictación a la LOAT –actual COT–.

No obstante, sin olvidar el mandato del legislador que evidentemente constituye un imperativo por sí mismo, es necesario analizar desde la dogmática cuáles son los elementos caracterizadores de la institución arbitral para poder excluir a aquellas instituciones.

Del mismo modo que no existe acuerdo en la doctrina respecto de la naturaleza jurídica jurisdiccional o no del arbitraje, tampoco existe acuerdo total respecto de los elementos caracterizadores de esta institución, y cual es de estos elementos sería el más relevante y esencial.

En primer término se nos presenta como un juicio, esto es, una contienda actual entre partes sometida a la decisión del tercero que se constituye como órgano resolutor del asunto; en segundo lugar, su origen principalmente contractual, sin perjuicio de las hipótesis legales de arbitraje forzoso³⁸; en último lugar, investidura privada del árbitro de carácter temporal³⁹.

Por otro lado, la doctrina española ha señalado que la nota distintiva del arbitraje es que las partes en conflicto encargan a un tercero (que no es titular de la potestad jurisdiccional) la solución de la controversia, obligándose a aceptar la decisión que éste tome⁴⁰.

Podríamos resumir que los conceptos esenciales, son la decisión del asunto sometido al conocimiento del árbitro y el origen contractual de la potestad del árbitro.

³⁸ A pesar que en Chile aún existen estos casos –arts. 227 del COT, art. 4 N° 10 de la LSA y art. 244 del CAg.–, la tendencia mayoritaria a nivel de Derecho comparado es la eliminación de estas hipótesis de arbitraje forzoso, puesto que contravienen la esencia contractual del arbitraje.

³⁹ AYLWIN, 1982, pp. 17-18.

⁴⁰ ORTELLS *et al.*, 2005, p. 65.

De este modo, la existencia de un conflicto o litigio, parece no ser lo relevante del arbitraje, sino que la potestad del árbitro emana de las partes que se obligan a acatar la decisión de éste.

IV. SOBRE EL ARBITRIO DE TERCEROS Y EL PERITAJE EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Como hemos señalado, el arbitramiento y el peritaje aún cuando han sido analizadas doctrinariamente de manera conjunta con el arbitraje en Chile, han sido expresamente diferenciadas⁴¹. Sin embargo, no es menos cierta la relación directa que existe entre ellas.

Tanto es así, que en “el Derecho Romano, en cuyo lugar se dice tiene sus orígenes el arbitraje, existían tres figuras próximas: *el iudex*, *el arbiter* y el *arbiter ex compromisso*. Esta última es la que procedía del arbitraje propiamente dicho, dado que no requería para su configuración de ninguna autoridad pública. En cualquier caso, la circunstancia que determinaba el que las partes acudiesen, tanto al *iudex* o al *arbiter de la legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, como al *arbiter ex compromisso* era la existencia de un “conflicto” entre aquellas”⁴².

En este sentido, nuestra legislación contempla hipótesis de arbitrio de terceros para integrar relaciones jurídicas incompletas y los denominados “juicios prácticos” o pericias que en algunos casos tienen carácter vinculante para las partes que los hayan solicitado.

Por ejemplo, son casos de arbitramiento en el Código Civil los artículos 1809 y 1918, los que permiten que las partes acuerden entregar la decisión del precio en la compraventa o del canon de renta en el arrendamiento, respectivamente, a un tercero a la relación jurídica.

Igual situación se produce en virtud del artículo 1998, en relación al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y en el artículo 2067, respecto del reparto de utilidades en el contrato de sociedad.

“En todos los casos, el tercero ejerce un poder vinculante respecto de las partes sobre cada una de estas cuestiones y, en tal sentido, su función se acerca bastante a la figura arbitral”⁴³.

Por su parte, casos de peritajes, son los de los artículos 848, 855, 1943, 1997, 1998, 2002, 2006, todos del Código Civil; en el Código de Comercio, los artículos 114, 133, 134 y 152.

⁴¹ AYLWIN, 1982, pp. 21-29; VÁSQUEZ, 2009, pp. 22-28.

⁴² VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”. *Ius et Praxis* [online]. 2006, Vol. 12, Nº 1 pp. 181-213. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0012200600010000_8&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122006000100008. [Fecha de visita: 20 de octubre de 2011].

⁴³ VÁSQUEZ, 2009, p. 26.

Los casos del Código Civil están referidos a las servidumbres de tránsito y de medianería; y a la determinación del precio de un contrato de confección de obra de un servicio material e inmaterial. Los del Código de Comercio, a la determinación del precio y de la cosa, en el contrato de compraventa mercantil.

Cuando el legislador habla de “juicios prácticos”, conforme Aylwin, éste se refiere efectivamente a casos de verdadero arbitraje. Sin embargo, a juicio de este autor, todas estas hipótesis habrían sido derogadas tácitamente con la dictación de la LOAT, que en su artículo 177 impedía obligar a los particulares –fuera de los casos de arbitraje forzoso del artículo 176 de la misma normativa– a comprometer sus conflictos⁴⁴.

Los términos empleados por el legislador en todas estas situaciones, permiten establecer que resulta lícito que las partes acuerden que un tercero ajeno a la relación jurídica sustancial que existe entre éstas, pueda completarla o integrarla, o emitir un juicio sobre los hechos sobre los que recae una situación jurídica determinada, con efecto vinculante en ambos casos. Que ello pueda o no denominarse en sentido estricto arbitraje sólo está determinado por el contenido que queramos darle –y el legislador principalmente– a la expresión “asunto litigioso” que utiliza nuestro COT.

V. SOBRE LA INTEGRACIÓN POR FALTA DE ACUERDO DENTRO DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN SOCIAL EN CHILE

A partir de todas las consideraciones previas, resulta necesario responder a la interrogante inicial: ¿Es posible o no someter a arbitraje las discrepancias de opinión que se produzcan en el seno de los órganos colegiados de administración en los diversos tipos sociales existentes en Chile, diferencias que generan en definitiva la imposibilidad material de continuar con los fines para los que la sociedad fue creada?⁴⁵.

⁴⁴ AYLWIN, 1982, pp. 25-26.

⁴⁵ En este sentido, es necesario decir primeramente que el legislador nacional, en la LSA, ha contemplado un mecanismo para la situación de empate en el seno de las juntas de directorio. Conforme el artículo 47 de la LSA, dispone que en caso de empate, decidirá el voto de quien presida la junta, denominándose en doctrina esta hipótesis, voto de calidad. Sin embargo, nuestra ley nada señala respecto que igual situación se produzca en una junta de accionistas. A nivel de Derecho comparado, se ha observado en la práctica de la regulación estatutaria de cláusulas en las que, de forma más o menos convincente, se arbitran mecanismos o resortes utilizables para superar la situación continua de empates en el resultado de las votaciones. Por ejemplo, estatutos que proponían que ante igualdad de votos la decisión debía recaer a favor del grupo con mayor número de accionistas, y la sumisión del acuerdo a la decisión por suerte o a la intervención o criterio de un tercero o de un árbitro, recibiendo críticas por parte de la doctrina estas soluciones por entregar a la voluntad de ajenos el destino de la sociedad.

SÁNCHEZ LINDE, Mario. “El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima”. En *Revista de Derecho de Sociedades*, Pamplona: Aranzadi Thompson Reuters, N° 33, 2009, pp. 518-519.

A pesar de la posición favorable al arbitraje a nivel internacional en la legislación chilena, no es posible establecer igual premisa respecto del arbitraje interno, dado en primer término, la dispersión de las normas que regulan al arbitraje, y en segundo lugar, los términos que utiliza el COT para fijar el objeto del arbitraje.

En otras legislaciones como la española, algunos autores han podido llegar a conclusiones diversas, puesto que la configuración legal del instituto favorece una interpretación amplia de la institución arbitral⁴⁶.

Sin embargo, estimamos que si son las partes las que deciden someter a la decisión de un tercero un asunto que no podría caer en las hipótesis legales de arbitrabilidad objetiva contempladas en nuestro ordenamiento⁴⁷ –entiéndase la integración o complementación de una relación jurídica⁴⁸–, mientras se mantenga en el ámbito de la autonomía de la voluntad no habría vulneración de precepto alguno, ya que el Estado nunca interviene en este tipo de actos –ni siquiera otorgándole eficacia a la decisión de este tercero– porque son las partes quienes desean investirlo de un determinado poder de decisión como dotarlo de una determinada eficacia (contractual)⁴⁹.

En esta misma línea argumental, no parece compatible con un área del Derecho Privado como lo es el Derecho Societario en donde aunque restringido, rige el principio de autonomía de la voluntad, se prohíba la integración de la voluntad social a través de mecanismos como el arbitrio de un tercero o el arbitraje.

Todas estas posibilidades, en general, nos parecen compatibles con el régimen legal chileno del Derecho de sociedades de capital, siempre que exista disponibilidad de las materias que se pretendan someter a arbitraje. Nos parece adecuado precisar que lo señalado es predicable en especial de todos aquellos supuestos en donde el legislador no ha sido rígido en la regulación de la formación de la voluntad social en los diversos órganos de la sociedad, ello porque la LSA especifica, por ejemplo, que ciertas decisiones dentro de los ámbitos competenciales de las juntas de accionistas y del directorio deben ser tomadas con quórum determinados⁵⁰, que de manera alguna podrían ser equiparados con la decisión de un tercero.

⁴⁶ “Las razones que nos llevan a concluir la posibilidad de someter a arbitraje dichas cuestiones, provienen del análisis jurídico del texto de la LA 60/2003, sobre todo a la vista de sus precedentes, del análisis de otras normas del ordenamiento jurídico y de la presunción favorable de arbitrabilidad bajo la nueva LA. Recordemos además que sólo bastaría con un análisis estrictamente jurídico, puesto que siempre es el legislador quien decide que es lo arbitrable de manera imperativa”. PERALES, 2005, pp. 84-85.

⁴⁷ Considerando un concepto restringido de “controversia” o “asunto litigioso”.

⁴⁸ En sentido favorable a la integración mediante arbitraje considerado ampliamente el concepto de controversia. “El contrato de sociedad debe ser concebido como un contrato de larga duración, por lo que es habitual la existencia de lagunas en el formulado contractual que necesitan de algún mecanismo de integración”. CARAZO, 2005, p. 47.

⁴⁹ PERALES, 2005, p. 84.

⁵⁰ Por ejemplo, los artículos 2, inc. 4º; 24, inc. 1º; 47; 61; 67; 69 bis; 116; 147, N° 2 y 4; 5 transitorio, todos de la LSA.

Sobre el punto en concreto, Carazo indica que el sometimiento a arbitraje de eventuales empates que pudieran producirse en los acuerdos de los órganos sociales, supondría una desnaturalización de la figura del arbitraje y una vulneración a las normas que atribuyen competencias, facultades y funciones a determinados órganos sociales, respaldando su planteamiento en una resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁵¹, que con fecha 27 de abril de 1989 resolvió que mientras no existiera voluntad social formada no podía hablarse que existiera controversia entre partes, cuestión que por tanto, no está amparada de tutela jurídica a través del arbitraje⁵².

Adicionalmente, podemos señalar que mientras no exista acuerdo dentro del órgano, no hay propiamente voluntad de la sociedad, por lo que la entrega de esta decisión a un tercero –sea árbitro o no– podría ser legítimamente pactado, sin embargo, recordemos que el árbitro propiamente resuelve un asunto *aplicando el Derecho al caso concreto*, sin estar sometido a las alegaciones jurídicas que las partes efectúen⁵³, pudiendo decidir la cuestión en sentido diverso al planteado por éstas. Agreguemos también que el asunto litigioso sometido al árbitro siempre debe ser jurídico, esto es, tutelado por el Derecho, cuestión que no siempre ocurre cuando estamos dentro de la esfera de decisiones que deben tomarse en el seno de un órgano colegiado social, donde las decisiones habitualmente serán de índole económica o administrativa.

VI. CONCLUSIONES

A raíz del presente trabajo, podemos concluir lo siguiente:

El objeto del arbitraje está fijado esencialmente por lo que el legislador haya determinado, dado que la eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral

⁵¹ La DGRN es un órgano administrativo dependiente del Ministerio de Justicia, a través de la Secretaría del Estado de Justicia del Gobierno de España que tiene como función, en lo relativo a lo estudiado: La organización, dirección, inspección y vigilancia de las funciones de la fe pública notarial y las de naturaleza registral en las materias de la propiedad, bienes muebles y mercantiles, la evacuación de cuantas consultas le sean efectuadas sobre aquéllas, así como la tramitación y resolución de los recursos gubernativos contra los actos de los titulares del ejercicio de las citadas funciones. GOBIERNO DE ESPAÑA. Sitio web oficial del Ministerio de Justicia. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982506/Estructura_P/1215198295156/Detalle.html#id_1215198053502 [Fecha de visita: 21 de octubre de 2011].

⁵² CARAZO, 2005, p. 49.

⁵³ En este sentido, no existe acuerdo en la doctrina para estimar si el objeto del proceso está o no compuesto tanto por los hechos alegados como por los fundamentos jurídicos esgrimidos por las partes. Lo anterior fundado en el aforismo *iura novit curia* que permite al juez calificar jurídicamente los hechos de manera distinta a la que hayan efectuado las partes en sus escritos de alegación. Mayores antecedentes en TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*. La Ley, Madrid, 2000, p. 239.

proviene del reconocimiento que el Estado hace de esa decisión atendido que las partes no pueden conferirle imperio: algo de lo que carecen.

Sin perjuicio de ello, recordemos que nuestro análisis se centra en las diferencias que se puedan producir en el seno de un órgano de índole privado, en donde, la regla general es que prime la autonomía de la voluntad, supuesto ante el cual las partes libremente pueden decidir otorgar la decisión de una diferencia o la integración de una relación jurídica, con las salvedades explicadas relativas a las normas imperativas referidas a la toma de decisiones en las sociedades anónimas.

Lo relevante es determinar si esa actividad puede considerarse como ejercicio de la actividad arbitral o debe ser enmarcada en otras hipótesis legales.

Nos parece que sólo referir a las hipótesis de conflicto entre partes la actividad arbitral constituye limitar la posibilidad de incluir diferencias de otro tipo en el ámbito de ejercicio de la competencia del árbitro, cuando se presenta como una forma conveniente de dar movilidad a la sociedad paralizada ante la falta de voluntad social.

Considerando que son las partes las que deciden someterse a la voluntad del tercero, no existe obstáculo para que éste resuelva situaciones que no puedan ser consideradas en *stricto sensu* litigios⁵⁴. Sin embargo, la duda que cabe en este caso es: si ello no es arbitraje y sólo cabe la vinculación de las partes a través de su propia capacidad de obligarse jurídicamente, ¿cómo podemos hablar de eficacia jurisdiccional de la decisión si el Estado no le reconocería ningún efecto jurídico? Además, debemos observar que la falta de acuerdo dentro de estos órganos normalmente no responde a cuestiones jurídicas que puedan ser resueltas por un árbitro, sino a cuestiones de carácter económico o administrativo, en donde las figuras afines del arbitrio de un tercero o un perito puedan dar una respuesta más adecuada a las necesidades sociales, pero no por ello se pueda calificar de arbitraje dicho procedimiento, conforme hemos dicho.

Al contrario, otro argumento para reforzar la posición amplia del concepto controversia, por tanto la arbitrabilidad objetiva de los asuntos que pueden ser sometidos a este tipo de solución, es que si el arbitraje supone ejercicio de jurisdicción, para que lo haya no es esencial la existencia de un conflicto jurídico en términos estrictos, sino la existencia de los conceptos de pretensión, resistencia y satisfacción jurídica, objetiva, razonada, estable y práctica⁵⁵.

⁵⁴ En contra, Jequier quien concluye que la voluntad social no puede ser suplida mediante la decisión de un árbitro. JEQUIER, 2009, pp. 457-461.

⁵⁵ El objeto de la actividad jurisdiccional es la pretensión y la resistencia, y su función reside en la satisfacción de éstas. La satisfacción que otorga la jurisdicción es jurídica porque se basa en el Derecho; objetiva, al contrario de una psicológica; razonada, porque se funda en una sentencia motivada; irrevocable y ejecutable. MONTERO AROCA, Juan. "En torno al concepto

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AYLWIN AZÓCAR, Patricio. *El juicio arbitral*. Santiago: Fallos del Mes, 1982, 579 pp.
- BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Comares, 2001, 281 pp.
- CARAZO LIÉBANA, María José. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, 2005, 299 pp.
- DEL ÁGUILA, Paolo. “Poder Judicial y arbitraje: la reforma de la Administración de Justicia en manos privadas”. En *Revista de Economía y Derecho*, 4 (13), 2007, pp. 61-68. Base de Datos EBSCOhost. [Fecha de búsqueda: 19 de octubre de 2010].
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. *Arbitraje forzoso, arbitrabilidad y arbitraje societario. Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno y español*. Tesis Doctoral. Facultat de Dret. Departament de Dret Administratiu i Procesal. Area de Procesal. Universitat de Valencia, 2009, 625 pp.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, “Unipersonalidad y sociedad con un solo socio; alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del Derecho chileno”. En *Ius et Praxis*, Abeledo Perrot, Santiago, vol. 17, N° 2, 2011, pp. 189-230.
- LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro. “Los administradores de la sociedad anónima. ‘Los ejecutivos’: verdaderos capitanes de la empresa”. En *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 1999, pp. 83-97.
- LYON PUELMA, Alberto. *Personas jurídicas*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, 315 pp.
- MONTERO AROCA, Juan. “En torno al concepto y contenido del Derecho Jurisdiccional”. En *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Boch, 1981, pp. 15-47.
- ORTELLS RAMOS, Manuel *et al.* *Derecho Procesal Civil*. Elcano: Thompson Civitas, 2005, 1104 pp.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley N° 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*. Thompson Aranzadi, Elcano, 2005, 266 pp.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro. *Sociedades*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. I, 447 pp.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro. “Nociones generales sobre la justicia arbitral”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 2, 1999, 405-430 pp.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario. “El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima”. En *Revista de Derecho de Sociedades*, Pamplona: Aranzadi Thompson Reuters, N° 33, 2009, 566 pp.

y contenido del Derecho Jurisdiccional”. En *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Boch, 1981, pp. 23.

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno. *Ius et Praxis* [online]. 2006, vol. 12, n. 1 pp. 181-213. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100008&lng=es&nrm=iso>.ISSN0718-0012. doi:10.4067/S0718-00122006000100008. [Fecha de visita: 20 de octubre de 2011].

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing, 2009, 667 pp.

