

**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

---



**Revista**  
**de**  
**Derecho**

**CONCEPCION - CHILE**

**1 9 8 1**

---

*ANALISIS DE LA SOCIEDAD ANONIMA CHILENA SEGUN LA  
LEY N° 18.046 DE 22 DE OCTUBRE DE 1981*

Prof. RICARDO SANDOVAL LOPEZ

Depto. Derecho Privado

Universidad de Concepción

*INTRODUCCION*

Las sociedades que se constituyen en consideración de la persona tienen inconvenientes en el plano económico, jurídico y social que impiden que se les emplee como estructuras jurídicas de las grandes empresas.

Para llevar a término empresas que suponen grandes inversiones, es necesario adoptar una fórmula o revestimiento o estructura jurídica que permita la concentración de grandes capitales, mediante el recurso del ahorro público y la limitación de la responsabilidad de los socios al monto de su interés en la sociedad, representado por títulos negociables, que pueden ser transferidos sin las formalidades de la cesión de créditos. Ahora bien, esta forma jurídica es la sociedad anónima, llamada por Ripert "un maravilloso instrumento del capitalismo moderno"<sup>1</sup> que ha servido de técnica para la concentración de la empresa<sup>2</sup> y que es al mismo tiempo la forma jurídica mejor concebida como estructura de la empresa moderna.<sup>3</sup>

La norma del artículo 1º de la Ley N° 18.046 de 22 de octubre de 1981 define la sociedad anónima diciendo que "es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables". En su inciso segundo agrega: "La sociedad anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil".

La definición que de este tipo societario contenía el artículo 2.061 inciso 4º del Código Civil, queda sustituida por la que acabamos de transcribir, según lo dispuesto por el artículo 138 N° 1º de la Ley N°

<sup>1</sup>Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 20.

<sup>2</sup>Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*.

<sup>3</sup>Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*.

18.046 y se reemplaza el artículo 2.064 del Código Civil, señalando el carácter mercantil formal de las sociedades anónimas.

Tomando como modelo la ley francesa N° 66-537 de 24 de julio de 1966, sobre sociedades comerciales, la ley chilena N° 18.046 de 22 de octubre de 1981 declara mercantiles por su forma a las sociedades anónimas, sin atender al objeto para el cual la sociedad se forma, criterio que antes era tradicional para determinar su carácter civil o comercial, aun cuando las sociedades anónimas civiles o comerciales se regían, en términos generales, por las mismas leyes. De ahora en adelante, las sociedades anónimas tienen siempre el carácter de comercial, aun cuando se forman para negocios de carácter civil.

Comparando el nuevo concepto de sociedad anónima contenido en la Ley N° 18.046 con la definición del artículo 424 del Código de Comercio, hoy derogado, se advierte que el legislador toma en cuenta ahora sólo dos características de este tipo societario: la responsabilidad limitada al monto de la aportación que el accionista lleva a la caja social y la administración en manos de un órgano llamado directorio, formado por miembros esencialmente revocables. No toma en cuenta el nombre de la sociedad como lo hacía el artículo 424 del Código de Comercio.

Conviene destacar, por último, que la nueva definición de la sociedad anónima pone el acento sobre el hecho de que ella es una persona jurídica, reiterando con ello el carácter institucional que predomina para explicar su naturaleza jurídica. La idea de contrato queda cada vez más alejada de este tipo societario, aun cuando no puede desconocerse que tiene importancia en el momento fundacional, ya que a esta categoría jurídica pertenece el acto que se celebra para constituirla. Nosotros creemos que incluso al tiempo de fundarse la sociedad anónima la idea de contrato puede ser reemplazada por la noción de acto plurilateral de efectos colectivos.

Por otra parte, el nuevo concepto de sociedad anónima definido por la Ley N° 18.046, al eliminar la calificación de "mandatarios" que la antigua definición del Código de Comercio atribuía a los miembros del directorio, confirma la tendencia del derecho contemporáneo de hacer de este último un órgano de funcionamiento de la sociedad, dotado de poderes legales propios, como se verá más adelante.

El artículo 73 de la ley francesa N° 66-537 de 24 de julio de 1966 define la sociedad anónima como "aquella en que el capital está dividido en acciones y que está constituida por asociados que no soportan las pérdidas sino hasta concurrencia de sus aportes".

*Carácter mercantil de la sociedad anónima.* El inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.046 establece: "La sociedad anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil".

La regla recién transcrita abandona el criterio de clasificación contenido en el artículo 2.059 del Código Civil, que atiende al objeto para el cual se forma la sociedad para determinar su carácter de civil o comercial. En el caso de las sociedades anónimas, éstas son mercantiles por la forma, es decir, que basta que una empresa elija como estructura

jurídica la de sociedad anónima, para que sea considerada comercial, aun cuando realice negocios no comerciales. Esto equivale a decir que de ahora en adelante no hay sociedades anónimas civiles. Es el mismo criterio seguido por el legislador francés de 1966, sólo que la Ley sobre sociedades N° 66-537, en su artículo 1° inciso 2°, declara comerciales por la forma, cualquiera que sea su objeto: las sociedades colectivas, las sociedades en comanditas simples, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones.

Constituye, sin duda, un avance del derecho chileno de sociedades el que se califique de mercantil por la forma a la sociedad anónima. Hemos señalado que este tipo societario constituye la forma o estructura jurídica más apropiada para la organización de la gran empresa como lo señalara el Decano Ripert en su brillante monografía sobre aspectos jurídicos del capitalismo moderno y como lo reiteran los tratadistas franceses Champaud y Paillusseau<sup>4</sup>. Sobre esta base, la circunstancia de que la sociedad anónima sea siempre mercantil implica, en cierta medida, reconocer la noción de empresa bajo esta estructura jurídica. En efecto, en los últimos tiempos, a través de varios textos jurídicos, la noción de empresa ha ido penetrando en el Derecho Comercial, sin que todavía podamos considerar que constituya el fundamento de esta disciplina. En este sentido podemos citar como ejemplo el Decreto Ley N° 1.509 de 9 de julio de 1976, que distingue claramente la suerte de la empresa (unidad económica) de la de sus dueños y administradores, tratando de preservar la primera en los casos de quiebra y convenios judiciales.\*

*Legislación aplicable a las sociedades anónimas.* Con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 18.046 de 22 de octubre de 1981, las sociedades anónimas en Chile se regían por el párrafo VIII del Libro II del Código de Comercio, por el Decreto con Fuerza de Ley N° 251 de 20 de mayo de 1931, el Reglamento N° 4.705 de 30 de noviembre de 1946 y sus posteriores modificaciones, entre las cuales destacaba la Ley N° 17.308 de 1° de julio de 1970.

La nueva ley derogó prácticamente todo este conjunto de normas que se aplicaban en la materia y en forma especial, según su artículo 145, las siguientes: la ley de transferencia de acciones y promesas de acción de 1978, los artículos 83 a 139 del D.F.L. N° 251 de 1931, el Reglamento N° 4.705 de 30 de noviembre de 1946 y la Ley 17.308 de 1970.

Según lo previsto en el artículo 3° transitorio de la Ley N° 18.046, mientras no se dicte el Reglamento en ella señalado, regirán respecto de las materias reglamentarias las normas de tal carácter derogadas que no sean incompatibles con ella. No se ha fijado plazo para que se dicte el Reglamento a que alude la Ley N° 18.046.

<sup>4</sup>Ripert, Georges: "Aspects juridiques du capitalisme moderne"; Champaud "Le pouvoir de concentration de la société par actions"; Paillusseau "La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise".

El hecho de que la sociedad anónima sea comercial por su forma tiene asimismo importancia para la aplicación de la legislación concursal o de quiebras, que establece un tratamiento diverso para deudores comerciantes y no comerciantes, que se manifiesta tanto en la apertura o declaración en quiebra, en sus efectos, inmediatos y retroactivos y en la calificación penal.

\*El Decreto Ley N° 1.509, fue derogado por la Ley N° 18.175, que contiene el nuevo texto de la Ley de Quiebras, sin embargo, en su articulado esta ley recoge los mismos principios.

Resulta aplicable asimismo a las sociedades anónimas la Ley N° 18.045, publicada también el 22 de octubre de 1981, denominada Ley de Mercado de Valores, en cuanto a que reglamenta el mercado de las acciones de sociedades anónimas y sociedades en comanditas en las que a lo menos el 10% de su capital suscrito pertenece a un mínimo de 100 accionistas, o que tienen 500 accionistas o más. Las sociedades anónimas que deseen podrán inscribir voluntariamente sus acciones en el Registro de Valores que lleva la Superintendencia de Valores y Seguros, quedando así sometidas a todas las disposiciones de dicha ley y sus normas complementarias.

Se mantienen en vigencia y complementan la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas los siguientes textos legales:

- Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, en lo referente a facultades de la Superintendencia y la actividad aseguradora, teniendo presente las reformas a esta última en virtud del Decreto Ley N° 3.057 de 10 de enero de 1980;
- Decreto Ley N° 1.328 de 1974, sobre Fondos Mutuos y sus Reglamentos;
- La Ley General de Bancos (D.F.L. N° 252 de 4 de abril de 1960 y sus posteriores modificaciones);
- Decreto Ley N° 1.079 de 1975, Orgánico de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; y
- Decreto Ley N° 3.538 de 1980, Orgánico de la Superintendencia de Valores y Seguros.

*Características de la sociedad anónima.* De acuerdo con la definición del artículo 1° de la Ley N° 18.046 de 1981, los rasgos característicos más relevantes de las sociedades anónimas son los siguientes:

- 1.- La responsabilidad de los socios por las deudas contraídas a nombre de la sociedad queda limitada hasta el monto de sus respectivos aportes. Con más propiedad, tal como lo señalamos a propósito de un moderno criterio de clasificación de las sociedades, siguiendo a Joaquín Garriguez, podemos señalar que en este tipo societario no hay comunicabilidad de las deudas del patrimonio social hacia el patrimonio de los socios. El beneficio que significa para los accionistas la limitación o más bien su falta de responsabilidad por las deudas sociales está compensado con exigencias relativas a la efectividad y conservación del capital social.
- 2.- La administración de la sociedad radica en un órgano colectivo denominado directorio, integrado por miembros esencialmente revocables. Se advierte que en estas sociedades existe una diferencia clara entre los dueños de la empresa (los accionistas) y la dirección de la misma en manos de terceros, generalmente tecnócratas calificados, que pueden o no ser accionistas. La nueva legislación, como lo veremos, pone el acento sobre el carácter de órgano social del directorio, dejando cada vez más de lado la idea de mandatarios para calificar a los administradores sociales.

- 3.- El capital social es suministrado por accionistas y está representado en títulos negociables llamados acciones. Esta característica se explica porque, desde el punto de vista económico, cuando se trata de formar una sociedad anónima se tiene en vista fundamentalmente la división de un gran riesgo entre muchas personas, a quienes se les asegura la limitación de su responsabilidad de acuerdo con el monto de su aportación y, al mismo tiempo, sus derechos quedan representados en el título de crédito que permite su fácil cesibilidad, su negociabilidad e incluso su transacción bursátil.

*Clasificación de las sociedades anónimas.* La Ley N° 18.046 de 22 de octubre de 1981 distingue, fundamentalmente, entre sociedades anónimas abiertas y cerradas, teniendo en cuenta para ello circunstancias tales como la oferta pública de sus acciones, de conformidad con la Ley N° 18.045 y/o al número total o relativo de sus accionistas.

De conformidad con el artículo 2° de la citada ley, se definen como sociedades anónimas abiertas aquellas que hacen oferta pública de sus acciones según la Ley de Mercado de Valores; aquellas que tienen 500 o más accionistas y aquellas en que a lo menos un 10% de su capital suscrito pertenece a un mínimo de 100 accionistas.

Tienen carácter de sociedades anónimas cerradas aquellas que no quedan comprendidas en la definición anteriormente señalada, sin perjuicio de que voluntariamente puedan sujetarse a las normas que rigen las sociedades anónimas abiertas.

Sin duda que el legislador pretendió al establecer esta clasificación, aparte de un objetivo práctico consistente en eliminar de la fiscalización de la Superintendencia un gran número de sociedades anónimas, reconocer la realidad económica en la cual el verdadero criterio de clasificación es la "dimensión" o "la talla" de las sociedades. Dio carácter legal a la distinción que en doctrina se venía haciendo entre sociedades anónimas que recurren al ahorro público y sociedades anónimas familiares. Con todo, creemos que la distinción debió comprender otros aspectos aparte de las diferencias que existen entre ellas, como, por ejemplo, establecer un régimen de constitución y de funcionamiento diferente, como lo hace la legislación francesa de 1966 y sus posteriores reformas.

Sin embargo, la redacción de la norma del artículo 2° de la ley que comentamos no es afortunada por cuanto no es clara en su contenido y, en cierta medida, resulta contradictoria. Así, según el precepto legal citado, es sociedad anónima abierta, por una parte, la que tiene más de 500 accionistas; y, por otra parte, agrega que también es abierta aquella en la cual un mínimo de 100 accionistas detenta, a lo menos, el 10% del capital suscrito. Siendo esto así, podría creerse, teniendo en cuenta el factor número, que sería la cifra de 500 accionistas la que permitiría calificar de abierta una sociedad anónima. Con todo, esta conclusión no sería correcta, al establecer que también tiene carácter de abierta aquella sociedad que tenga un mínimo de 100 accionistas que tienen el 10%, a lo menos, del capital suscrito. La regla legal tiene que interpretarse en el sentido de que es la cifra 100 accionistas la que determina la clasificación de sociedad abierta. Esto se entiende así porque, al no excluirse para el cómputo de este porcentaje de la tenencia de acciones a ningún

accionista mayoritario o poseedor de cierto porcentaje de acciones, de hecho, siempre que una compañía tenga 100 accionistas, se cumplirá el requisito de 10% de tenencia accionaria.

Pensamos, en consecuencia, que la alusión al número 500 accionistas carece de trascendencia. La sociedad anónima puede calificarse de abierta cuando hace oferta pública de sus acciones según la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, y/o cuando tenga más de 100 accionistas.

La principal diferencia entre sociedades anónimas abiertas y cerradas estriba en que sólo las primeras quedan sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros. Así se desprende del artículo 2° incisos 4° y 5° de la Ley N° 18.046.

Las sociedades anónimas abiertas deben inscribirse en el Registro Nacional de Valores creado en virtud de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, en tanto que sobre las sociedades anónimas cerradas no pesa esta obligación. Corresponde a la autoridad de control resolver administrativamente las dificultades derivadas de la tramitación e inscripción de un traspaso de acciones de una sociedad anónima abierta (artículo 12 inciso 3° Ley N° 18.046), no ocurre lo mismo tratándose de la transferencia de acciones de sociedades anónimas cerradas.

De conformidad con lo previsto en el artículo 12 inciso final de la Ley N° 18.046 de 1981, las sociedades anónimas abiertas pueden ser autorizadas por la Superintendencia para establecer sistemas que sustituyan la obligación de omitir títulos o que simplifiquen en casos calificados las formas de efectuar las transferencias de acciones, siempre que dichos sistemas resguarden debidamente los derechos de los accionistas. Tal prerrogativa no se contempla para las sociedades anónimas que tienen el carácter de cerradas.

La autoridad de control resuelve administrativamente lo relativo a la adquisición del pleno derecho a voto contemplado en el artículo 21 inciso 4° de la ley que comentamos, en tanto que en el caso de las sociedades anónimas cerradas esta diferencia la decide el árbitro o los Tribunales de Justicia.

El servicio público de control, Superintendencia de Valores y Seguros, está facultado para aplicar sanciones administrativas a los miembros del directorio de sociedades anónimas abiertas, que están bajo su supervigilancia (art. 42). No ocurre otro tanto respecto de los directores de sociedades anónimas cerradas. Esto es perfectamente explicable si se tiene en cuenta que sólo las primeras están bajo fiscalización. En este mismo orden de ideas, la autoridad de control puede exigir que se reúna el directorio de una sociedad anónima abierta con el propósito de deliberar y resolver sobre determinadas materias, lo que a nuestro juicio revela una intervención directa del servicio público en el funcionamiento de la sociedad, según lo autoriza el artículo 47 inciso final de la nueva ley. De esta facultad carece la Superintendencia respecto de las sociedades anónimas cerradas.

Tratándose de sociedades anónimas abiertas, sus estatutos no pueden contener disposiciones limitativas de la libre cesibilidad de las acciones, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 14. Esta limitación no está establecida respecto de las sociedades anónimas cerradas. En todo

caso vale la pena destacar que la libre cesibilidad de las acciones es una característica de la sociedad anónima y al mismo tiempo constituye un derecho para el accionista. Este último no puede permanecer prisionero de su título y la ley debe garantizarle la posibilidad de enajenarlo como asimismo impedir la eficacia de cláusulas que limiten su ejercicio. En este sentido la nueva constituye un avance sobre la legislación anterior, como tendremos ocasión de profundizar más adelante.

En cuanto al funcionamiento, las sociedades anónimas abiertas deben integrar su directorio al menos con 5 miembros, en tanto que las cerradas deben constituirlo con 3, a lo menos. La ley reglamenta un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para ejercer el cargo de Director de Sociedad Anónima, que se aplica a las que tienen el carácter de abiertas (art. 36 de la Ley N° 18.046). Hay reglas diversas sobre convocación a Juntas (art. 59).

En lo relativo a control, en fin, las exigencias sobre auditoría externa son diversas de las que se plantean para las cerradas (arts. 51 y 52).

Cada vez que en la Ley N° 18.046 se hace referencia a las sociedades sometidas a la fiscalización, al control o a la vigilancia de la Superintendencia, o se emplean otras expresiones análogas, se entiende, salvo mención expresa en contrario, que la remisión es a las sociedades anónimas abiertas.

A su turno, las sociedades anónimas abiertas admiten división atendiendo al régimen jurídico legal a que quedan sujetas. Existe un primer grupo de sociedades anónimas abiertas sujetas al régimen corriente de la Ley N° 18.046. Un segundo grupo está representado por las sociedades anónimas abiertas regidas por normas especiales, arts. 126 a 129, esto es, las empresas aseguradoras, reaseguradoras, administradoras de fondos mutuos, las bolsas de valores. Finalmente un tercer grupo está formado por las sociedades anónimas abiertas, cuyo objeto es la Administración de Fondos de Pensiones y los Bancos, regidas por los artículos 130 a 132 y 139 de la nueva ley.

Las sociedades anónimas abiertas que denominamos de régimen común y las otras categorías se diferencian, fundamentalmente, respecto al sistema de constitución. Las primeras tienen un régimen de constitución simplificado consistente en el otorgamiento de escritura pública, extracto que se inscribe en el Registro de Comercio del domicilio social y publicación en el Diario Oficial, dentro del plazo de 60 días fatales contados desde la fecha del pacto social. Las sociedades anónimas abiertas regidas por normas especiales requieren, para fundarse de escritura pública cuyo contenido está expresamente reglamentado, de una resolución de la Superintendencia de Valores y Seguros que autorice su existencia; de un certificado emitido por la autoridad de control que acredite dicha autorización y contenga extracto de estatutos, inscripción de dicho certificado en el Registro de Comercio del domicilio social y publicación en el Diario Oficial, dentro del plazo de 60 días contados en la forma señalada para las sociedades abiertas de régimen común (arts. 126 a 129). Por último, las sociedades anónimas abiertas Administradoras de Fondos de Pensiones y los Bancos, además de las formalidades de constitución propias de las sociedades abiertas regidas por normas especiales, que acabamos de comentar, su formación debe estar precedida por la elaboración de un prospecto des-

criptivo de los aspectos esenciales de la sociedad y de la forma como desarrollará sus actividades (art. 130 y 139 letra a) Ley N° 18.046).

El sistema antiguo de constitución de las sociedades anónimas contemplado en el D.F.L. N° 251 hoy derogado, que suponía una serie de etapas de un proceso bien reglamentado, sólo se aplica ahora a las sociedades anónimas abiertas cuyo objeto es la Administración de Fondos de Pensiones y a los Bancos.

Conviene asimismo destacar que las normas legales concernientes a las sociedades anónimas abiertas priman sobre los estatutos de las compañías que pierdan su carácter de cerradas (art. 2°). En efecto, si una sociedad anónima cerrada deja de serlo dentro del concepto de la nueva ley, por haber cumplido los requisitos que definen a estas sociedades, se le aplicarán las reglas sobre sociedades anónimas abiertas, cualesquiera que sean las disposiciones de sus estatutos.

En este mismo orden de ideas debe tenerse presente que las disposiciones de la Ley N° 18.046 prevalecen sobre cualquier norma estatutaria que sea contraria a ella (art. 137).

### *Sección I. Constitución y elementos de la sociedad anónima.*

*Forma de constitución.* Tanto las sociedades anónimas cerradas como las abiertas sometidas a régimen común, de conformidad con lo previsto por el artículo 3° de la Ley N° 18.046, se forman, existen y prueban por escritura inscrita y publicada en los términos del artículo 5°. Agrega esta misma norma que: las actas de juntas generales de accionistas en que se acuerde modificar los estatutos sociales o disolver la sociedad, serán reducidas a escritura pública con las formalidades indicadas en el inciso anterior. No se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas en cumplimiento de los incisos anteriores, ni aun para justificar la existencia de pactos no expresados en ella.

Llama la atención sobremanera que el legislador haya decidido simplificar lo máximo el proceso de constitución de las sociedades anónimas abiertas sujetas al régimen común de la Ley N° 18.046 y de las sociedades anónimas cerradas, que representan la gran mayoría de las sociedades de capital existentes en nuestro país. En efecto, bajo el régimen vigente hasta antes de la nueva ley, el proceso de constitución de la sociedad anónima era complejo, compuesto de diversas etapas y sometido a un riguroso control por parte de la Superintendencia. El cumplimiento de todas estas exigencias demandaba asimismo gastos considerables. A primera vista pareciera que el legislador al innovar el proceso de constitución de la sociedad anónima marca una nueva etapa en la evolución del derecho aplicable en esta materia, en nuestro país, contribuyendo con ello a su progreso. Sin embargo, creemos que el régimen de formación de la anónima ahora derogado, presentaba la inapreciable ventaja que, gracias a la intervención de la autoridad de control, la posibilidad de que la sociedad fuese nula era, más bien, remota.

En el derecho de sociedades anónimas aplicable en Francia y en Alemania se mantiene un régimen de control en la constitución de las sociedades anónimas. Claro está que, particularmente en el derecho francés,

se distingue entre las sociedades que recurren al ahorro público, cuyo proceso de formación es más controlado, y las sociedades anónimas que no recurren al ahorro público, cuya formación es más simplificada, pero en ambos casos con control administrativo y judicial. En el derecho alemán de sociedades anónimas existe un control judicial de la formación de este tipo societario. Todo ello para precaver el riesgo de nulidad y sus numerosas consecuencias.

El legislador nacional se aparta ahora de las tendencias predominantes en el derecho sobre formación de sociedades anónimas, simplificando su constitución, pero, al mismo tiempo, se ve en la obligación de establecer normas para sancionar la falta de observancia de las reglas creadas, que van desde la nulidad hasta la inexistencia de la sociedad anónima.

Aún es prematuro para juzgar la eficacia de las nuevas normas legales, pero desde ya ponemos de relieve que resultará mucho más compleja la labor de quienes deben pronunciarse sobre la constitución de una sociedad anónima para aconsejar la celebración de determinados actos o contratos con ella, pues ahora no se podrá descansar, como antes, en la fiscalización de la autoridad de control estatal y habrá que apreciar, a la luz de los antecedentes proporcionados, si se ha dado cumplimiento o no, en tiempo y forma, a las exigencias legales.

*La escritura social.* Al tenor del artículo 3° de la Ley N° 18.046 de 1981, que contiene la legislación sobre sociedades anónimas en nuestro país, no cabe duda que la exigencia de escritura pública es una solemnidad del acto por el cual se funda este tipo societario, cuya falta u omisión comporta como sanción la inexistencia jurídica. Por otra parte, se trata también de una formalidad por vía de prueba, en cuanto a que el acto fundacional no puede acreditarse sin este instrumento público ni puede probarse, en ninguna otra forma, contra el tenor de dicha escritura ni aun para justificar la existencia de pactos no expresados en ella. La nueva ley no hace sino reiterar el criterio sancionatorio seguido en el artículo 353 del Código de Comercio aplicable a las sociedades colectivas mercantiles.

Según las reglas del artículo 4° de la nueva ley, el contenido de la escritura social es el siguiente:

1. El nombre, profesión y domicilio de los accionistas que concurran a su otorgamiento. Se trata sin duda de los fundadores de la compañía. Esta exigencia es propia de toda sociedad como asimismo constituye un requisito del acto jurídico escritura pública, la comparecencia de los otorgantes. La mención es, por ende, esencial para la formación de la sociedad, y tiene importancia para determinar posteriormente la responsabilidad que afecta a estas personas, para el evento que la compañía no llegue a formarse o quede nula.

2. El nombre y domicilio de la sociedad. Por ser la sociedad anónima, al igual que las otras, una persona jurídica distinta de los socios que la componen, el nombre constituye un atributo de este ente moral, que no puede faltar y, al mismo tiempo, es esta denominación social la que permite distinguir a la sociedad de otras como asimismo entrar en relaciones jurídicas con terceros. El domicilio o sede social constituye también otro atributo de la persona moral. Conviene recordar que, a este respecto,

la jurisprudencia de nuestros tribunales ha señalado "que la sociedad anónima es una persona jurídica con un domicilio, el señalado en sus estatutos. En consecuencia no puede tener domicilio en otro país por la circunstancia de abrir en él una agencia"<sup>5</sup>. Ha señalado en este mismo orden de ideas: "La sede social pactada en los estatutos sólo puede cambiarse por reforma legal de los mismos". "Y para constituir domicilio en otra parte no basta el hecho de tener negocios en ese lugar, gestionados por un administrador general"<sup>6</sup>.

El domicilio social es factor que se considera para determinar la nacionalidad de la sociedad, según uno de los tantos criterios aplicables en esa materia, pero tiene importancia práctica para los efectos de determinar el Registro de Comercio ante el cual se cumplirá con la formalidad de inscribir el extracto de la escritura social y para establecer la competencia de los tribunales de justicia respecto de las acciones que se intenten contra la sociedad.

3. La enunciación del o de los objetos específicos de la sociedad. La nueva ley permite, de esta suerte, la formación de sociedades anónimas de objeto múltiple que la práctica venía aceptando desde hace un tiempo a esta parte. La legislación anterior exigía la enunciación clara, precisa y completa del objeto específico de la sociedad del cual toma su denominación y de las actividades que realizará a tal fin. El servicio público de control había sido riguroso en fiscalizar el cumplimiento de este requisito en las escrituras sociales y durante un tiempo no admitió la existencia de sociedades anónimas de objeto múltiple. La actividad económica de nuestros días ha impuesto la necesidad de permitir a la sociedad anónima realizar diferentes objetos sociales. El peligro de este cambio radica en el hecho de que la sociedad anónima toma su nombre del objeto social y bajo éste entra en relaciones jurídicas con terceros, quedando a veces determinada la extensión de los poderes de los administradores sociales en dicho objeto, de ahí que la existencia de varios pueda prestarse a dificultades. Los objetos pueden ser múltiples, pero deben ser *específicos*.

El objeto otrora tenía importancia para determinar el carácter civil o mercantil de la sociedad anónima que, según las nuevas normas en vigencia, es siempre mercantil por su forma.

4. La duración de la sociedad, la cual puede ser indefinida y si nada se dice, tendrá este carácter. He aquí cómo el legislador cambia la regla que en sentido opuesto contenía el artículo 431 del Código de Comercio que establecía que no sería autorizado el establecimiento de una sociedad anónima por tiempo indefinido. En verdad el tiempo de duración de la sociedad no guarda relación alguna con la existencia de las personas que la forman, ya que la anónima es una sociedad de capital, por lo que el hecho de que sea determinado o bien indefinido no tiene mayor trascendencia, más aún si se piensa que este tipo societario tiene causas propias de disolución o terminación diversas de las aplicables a otras sociedades.

Siendo esto así, la cláusula relativa a la duración de la compañía deja de tener carácter esencial en la escritura por la cual se perfecciona el acto fundacional.

<sup>5</sup>R. D. J. T. XXX sec. 1° p. 329.

<sup>6</sup>Gaceta 1957, 2° sem. N° 46 p. 184; R. D. J. T. XXXIV sec. 1° p. 545.

5. El capital de la sociedad, el número de acciones en que es dividido con la indicación de sus series y privilegios si los hubiere y si las acciones tienen o no valor nominal; la forma y el plazo en que los accionistas deben pagar su aporte, y la indicación y valoración de todo aporte que no consista en dinero. El capital de la sociedad anónima debe ser dividido y representado en títulos de participación social denominados acciones. La ley permite crear varios tipos de acciones, las que se agrupan en series, y debe indicarse en la escritura social los privilegios de orden económico o institucionales que les favorecen para diferenciarlas de las acciones comunes que confieren derechos normales a sus tenedores. Asimismo está autorizada la creación de acción sin valor nominal, por lo que deberá expresarse esta circunstancia en el pacto social. La acción que no tiene valor nominal representa un determinado porcentaje del capital social.

El aporte de cada socio puede enterarse al tiempo de suscribir las acciones o en el tiempo y forma que determine la escritura.

La valorización de los aportes no consistentes en dinero es un elemento fundamental para garantizar la efectividad del capital social.

La nueva ley no exige que el capital social guarde relación con el objeto de la sociedad como lo establecía el artículo 430 del Código de Comercio.

La cláusula de la escritura pública que se refiere al capital social no puede faltar porque traduce la obligación de estipular los aportes que constituyen elemento esencial de la sociedad. Asimismo su monto permite establecer la base para la determinación del impuesto que grava la constitución de las sociedades.

6. La organización y modalidades de la administración social y de su fiscalización por los accionistas. La nueva ley sintetiza en forma bastante apropiada estas exigencias del pacto social relativas al funcionamiento de la sociedad anónima. Concordante con la definición de este tipo societario contenida en el artículo 1º de la Ley N° 18.046, la organización y modalidades de la administración social deberán prever un cuerpo colectivo denominado directorio, integrado por miembros esencialmente revocables, que tendrá a su cargo la gestión de la compañía. Deberá en consecuencia establecer todo lo relativo a este órgano, su composición, atribuciones, garantías, forma de reunirse y tomar decisiones, etc. Además, la ley se refiere a la organización del control de regularidad de la gestión social, esto es, a la fiscalización que ejercen los propios accionistas a través de los inspectores de cuentas o auditores, designados por la junta ordinaria. No alude la nueva ley como lo hacía el artículo 426 N° 7º del Código de Comercio, hoy derogado, a las facultades que se reserva la asamblea de accionistas, pero lo hace más adelante al reglamentar el funcionamiento y las competencias del directorio.

7. La fecha en que debe cerrarse el ejercicio y confeccionarse el balance y la época en que debe celebrarse la Junta Ordinaria de Accionistas. Esta cláusula permite a la sociedad cumplir, más adelante, con la obligación de distribuir utilidades bajo la forma de dividendos, pues se conocen los resultados de la gestión y se delibera sobre ellos en junta ordinaria.

Asimismo es base para los controles de orden tributario y de fiscalización por la Superintendencia, para las sociedades anónimas sometidas a su supervigilancia.

8. La forma de distribución de las utilidades. La participación en las utilidades es un elemento esencial de la sociedad, que nunca puede faltar, pero el legislador deja entregado a los socios determinar, en el pacto social, la manera en que se puede hacer su distribución.

9. La forma en que debe hacerse la liquidación. Interesa precisar de qué manera se procederá a la liquidación una vez producida la disolución de la sociedad, por cuanto el accionista tiene crédito en contra la sociedad por su aporte que ha contribuido a formar el capital social. Es éste uno de los derechos pecuniarios que asisten al accionista y merece protección como el ejercicio de todos los otros. Sin embargo, la liquidación interesa no sólo a los accionistas sino a los acreedores sociales, a terceros e incluso, sin exagerar, a gran parte de la colectividad nacional, en ciertos casos, de ahí que el legislador se preocupe de cautelar este proceso cuando se trata de sociedades anónimas abiertas sometidas a la fiscalización de la Superintendencia. Existe amplia libertad para los asociados en cuanto a la forma de organizar la liquidación de la sociedad.

10. La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurren entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de árbitro arbitrador. Parece lógico que el legislador se preocupara ahora de reglamentar la cláusula arbitraje si se tiene en cuenta que gran parte de las sociedades anónimas chilenas quedarán fuera de la fiscalización de la Superintendencia, organismo público que bajo la vigencia de la legislación anterior resolvía estas diferencias cuando las partes las sometían a su conocimiento, lo que permitía conocer la doctrina administrativa que emanaba de dichas decisiones, elemento fundamental para la interpretación del derecho de sociedades de nuestro medio.

11. La designación de los integrantes del directorio provisorio. Aun cuando en la actualidad la mayoría de las sociedades anónimas tienen un proceso de constitución simultáneo consistente en el cumplimiento de las formalidades que estamos analizando, no está de más la designación de un directorio provisorio para poner en marcha a la sociedad hasta que reunidos los órganos deliberantes de la misma puedan designar el definitivo. Además, la responsabilidad por la falta de cumplimiento de las formalidades de constitución pesa tanto sobre los fundadores como, especialmente, sobre los miembros del directorio provisorio.

12. Los demás pactos que acordaren los accionistas. Aquí queda abierta la posibilidad para la autonomía de la voluntad de los asociados, quienes podrán acordar otros pactos para organizar la sociedad anónima de acuerdo con su objeto, su dimensión y los fines que se propone conseguir.

El otorgamiento de la escritura pública con las cláusulas que acabamos de señalar constituye la primera formalidad en la formación de las sociedades anónimas.

*El extracto de la escritura social.* De conformidad con lo previsto por el artículo 5º de la nueva ley que reglamenta las sociedades anónimas en nuestro país, un extracto de la escritura social, autorizado por el notario ante el cual se otorgó, debe inscribirse en el Registro de Comercio correspondiente al domicilio social y publicarse por una sola vez en el Diario Oficial. La inscripción y publicación deben efectuarse dentro del plazo de 60 días contados desde la fecha de la escritura social.

El resumen de la escritura pública que contiene el acto fundacional debe contener determinados datos que la ley se encarga de precisar, por cuanto la exigencia de que se elabore, inscriba y publique es para dar a conocer a terceros los aspectos fundamentales de la sociedad con la cual pueden entrar en relaciones jurídicas. El fiel cumplimiento de las formalidades de publicidad contribuye a garantizar la eficacia o validez de los actos o contratos en los que intervendrá la persona jurídica sociedad, los que normalmente se celebran para producir sus efectos jurídicos.

*Contenido del extracto.* El extracto de la escritura social debe contener las siguientes menciones, que constituyen un resumen de las cláusulas más relevantes de la misma.

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

Cuando se trate del resumen o extracto de una escritura de modificación de una sociedad anónima ya formada, éste debe expresar la fecha de dicha escritura, el nombre y domicilio del notario ante el cual se otorgó. Sólo es necesario hacer referencia al contenido de la reforma cuando se haya modificado alguna de las cláusulas que deben darse a conocer en el extracto de la escritura por la cual se formó la sociedad.

El extracto con el contenido ya señalado debe inscribirse en el Registro de Comercio del domicilio de la sociedad y publicarse por una sola vez en el Diario Oficial, dentro del plazo fatal de 60 días contados desde la fecha de la escritura social.

*Sanción por incumplimiento de las formalidades de constitución.* Por hecho de haber dado amplia libertad para la constitución de las sociedades anónimas, proceso que ahora escapa a la fiscalización de la autoridad de control, salvo para un pequeño número de sociedades anónimas, las más importantes, compañías de seguros, de reaseguros, administradoras de fondos mutuos, de fondos previsionales, financieras y bancos, el legislador ha debido organizar un régimen especial de sanciones para el caso de que no se cumpla con las ya simplificadas formalidades que él contempla. Estas

sanciones son, fundamentalmente, la inexistencia jurídica y la nulidad absoluta, de las que trataremos separadamente.

*La inexistencia jurídica.* Esta grave sanción pesa sobre las sociedades anónimas cuando en su constitución se omite:

- La escritura social, esto es, aquella que contiene el acto fundacional de la compañía;
- La oportuna inscripción del extracto; y
- La oportuna publicación del extracto en el Diario Oficial.

La misma sanción se aplica cuando al modificar una sociedad anónima existente se incurre en estas omisiones.

El otorgamiento de la escritura pública de sociedad y la inscripción del extracto como su publicación son formalidades establecidas por vía de solemnidad del acto fundacional. Su omisión acarrea como sanción la inexistencia jurídica.

Mientras en el Derecho Civil clásico chileno se discute si la inexistencia jurídica tiene o no cabida en nuestro ordenamiento legal, siendo don Luis Claro Solar el principal sostenedor de ella, resulta novedoso que el Derecho Comercial a propósito de la formación de la sociedad anónima contemple ahora, en forma expresa y clara, esta sanción.

Aun cuando no nos corresponde en el marco de este trabajo sistematizar las principales diferencias entre la inexistencia jurídica y la nulidad absoluta, tarea propia del Derecho Común, recordaremos las principales. La nulidad absoluta produce sus efectos sólo en el caso de ser declarada judicialmente, en tanto que la inexistencia jurídica no necesita de esta declaración judicial, limitándose el tribunal sólo a constatarla respecto de un determinado acto o contrato. Cualquiera de las partes puede dejar de cumplir un acto inexistente, en cambio un acto nulo produce sus efectos, obliga a cumplir mientras no sea declarado nulo por tribunal competente. Por otra parte, la nulidad absoluta puede ser solicitada sólo por quien tenga interés en ella y la nulidad relativa por aquellos en cuyos beneficios lo han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; en cambio la inexistencia jurídica puede ser solicitada por cualquier persona. En fin, en cuanto a los efectos, un acto nulo produce sus efectos mientras no se le declare írrito, e incluso pronunciada la declaración de nulidad mantiene algunos efectos que ya han producido, esto es, en cuanto a las restituciones mutuas que no operan en forma absoluta, conservándose, por ejemplo, los frutos. Por el contrario, en el caso de la inexistencia el acto no produce efectos y una vez constatada las restituciones mutuas tienen eficacia absoluta.<sup>7</sup>

La legislación sobre sociedades anónimas se limita a consagrar como sanción la inexistencia jurídica en los casos que hemos indicado, pero no reglamenta los efectos que ella origina, por lo que debemos remi-

<sup>7</sup>Véase: Luis Claro Solar, *Derecho Civil* t. XI y XII, en especial en este último, p. 580 y siguientes; Enrique Rossel S.: "Teoría de las Nulidades" Memoria de Prueba, Santiago, 1926, quienes son partidarios de la inexistencia jurídica, fundada en los artículos 1701, 1801, 1802 1809, 1444 y 1681 del Código Civil. Por el contrario otro sector de la doctrina ha sostenido que esta teoría no es admitida por el Código Civil chileno, en este sentido: Alessandri Besa, A. *Universitaria*, Santiago 1949. N° 13 y siguientes.

tirnos al derecho común en este aspecto. Sin embargo, conviene destacar que esta sanción implica que las cosas deben volver al estado que tenían antes, porque el acto o contrato inexistente no origina consecuencia alguna. Así, por ejemplo, el socio que ha hecho aporte de un bien, junto con solidarizar del Tribunal que constate la inexistencia de la sociedad a la cual lo aportó, puede intentar las acciones destinadas a recuperar su dominio.

*La nulidad absoluta.* Tiene lugar esta sanción en los siguientes casos, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 6º de la Ley N° 18.046:

- Cuando en la escritura de constitución de la sociedad se omiten las menciones exigidas en los números 1, 2, 3, 5 y 11 del artículo 4º de la misma ley;
- Cuando en el extracto de la escritura social se omite cualquiera de las menciones exigidas en virtud del artículo 5º del mismo cuerpo legal;
- Cuando tratándose de reformas de la escritura constitutiva se omiten en el extracto las menciones exigidas por el artículo 5º inciso final; y
- En caso que exista cualquier disconformidad entre las escrituras y las inscripciones o publicaciones de sus respectivos extractos.

Los casos que autorizan la nulidad absoluta están claramente determinados por el legislador y dicen relación con el carácter esencial que tienen las cláusulas omitidas en la escritura o en el extracto. Tal vez planteará mayores dificultades de interpretación la norma que contempla la nulidad absoluta por cualquier disconformidad entre las escrituras y las inscripciones o publicaciones de sus respectivos extractos. Puede ocurrir que en el hecho se produzca una leve disconformidad entre estos documentos y habría que recurrir a otros mecanismos para salvarla, que no sean tan drásticos como la nulidad absoluta con todas las consecuencias que ella implica, o bien, en criterios de algunos como la ley no califica la importancia de la disconformidad, bastaría que ella se produjera para invocar la nulidad.

Por ser tan reciente la reforma que la Ley N° 18.046 de 22 de octubre de 1981 introduce en las sociedades anónimas, estableciendo la nulidad absoluta en los casos indicados, sobre los cuales no ha habido pronunciamiento de fallos por tribunales de alta jerarquía, nos hemos limitado a sistematizar las reglas legales vigentes.

*Efectos comunes de la nulidad absoluta y de la inexistencia jurídica.* Según indica el inciso final del artículo 6º de la ley vigente, en todos los casos de inexistencia y de nulidad en la constitución de una sociedad anónima, los otorgantes del pacto respectivo responderán solidariamente a los terceros con quienes hubiere contratos a nombre y en interés de aquélla.

La responsabilidad en que incurren los fundadores de la sociedad sólo tendría aplicación tratándose de inexistencia o nulidad absoluta de la constitución de la sociedad y no en el evento que estas mismas sanciones se apliquen a una modificación de una sociedad ya existente. Debemos entenderlo así por cuanto la nulidad y la inexistencia, cuyos efectos jurídicos se establecen en normas excepcionales, de interpretación estricta.

*Efecto propio de la nulidad absoluta.* La declaración de nulidad por un tribunal competente del acto fundacional de una sociedad anónima es causal de disolución de la misma. Así se desprende sin duda del tenor del artículo 6º inciso 3º de la Ley N° 18.046 que señala: "Declarada la nulidad de la sociedad, ésta entrará en liquidación subsistiendo su personalidad jurídica para tal efecto".

*Prescripción de la acción de nulidad.* Como hemos recordado, la nulidad sólo produce efectos una vez que ha sido declarada judicialmente. El plazo para solicitarla es de 4 años contados desde la ocurrencia del vicio que la provoca, bajo sanción de prescripción de la acción. Transcurrido este lapso opera la tutela de certeza jurídica denominada prescripción, que impide intentar la petición.

Tampoco puede hacerse valer la acción de nulidad respecto de una sociedad anónima ya disuelta. La sociedad puede disolverse por la ocurrencia de causales legales o estatutarias, de manera que si una de ellas se produce, que no sea la nulidad desde luego, la persona jurídica sociedad llega a su término y no puede intentarse la acción de nulidad aunque exista un vicio que le sirva de base.

*Información relativa a la sociedad.* Sin perjuicio de lo que diremos a propósito del derecho de información a los accionistas y al público en general, vale la pena destacar que en virtud del artículo 7º de la nueva ley sobre sociedades anónimas, la sociedad debe mantener en la sede principal y en la de sus agencias o sucursales, a disposición de los accionistas, ejemplares actualizados de sus estatutos firmados por el gerente, con la indicación de la fecha y notaría en que se otorgó la escritura de constitución y la de sus modificaciones, en su caso, y de los datos referentes a sus legalizaciones.

Con la misma finalidad de información deberá, asimismo, mantener una lista actualizada de los accionistas de la sociedad, con indicación del domicilio y número de acciones de cada uno de ellos.

El incumplimiento de esta obligación trae aparejada la responsabilidad solidaria de los directores, el gerente, el liquidador o liquidadores, en su caso, por los perjuicios que causen a los accionistas y terceros en razón de la falta de fidelidad o vigencia de los documentos mencionados, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pueda aplicar la autoridad de control de las sociedades anónimas abiertas.

*El nombre social.* El Título II de la Ley N° 18.046 trata del nombre y del objeto social.

Con respecto al nombre, el artículo 8º se limita a señalar que éste deberá incluir las palabras "Sociedad Anónima" o la abreviatura "S. A.". Agrega esta disposición que si el nombre de una sociedad fuere idéntico o semejante al de otra ya existente, esta última tendrá derecho a demandar su modificación en juicio sumario.

La sociedad anónima es una sociedad de capitales que se conoce, generalmente, por la designación del objeto de la empresa a que se dedica. Es el nombre social el que sirve para identificar a la sociedad anónima en cuanto persona jurídica de otras sociedades y de sus propios socios.

Este tipo societario carece de razón o firma social, atributo que es propio de las sociedades de personas, en las que la consideración de individuo es fundamental y por ello se incluye su nombre en la firma social bajo la cual la sociedad contrae las obligaciones que gravan al patrimonio de la misma. En las sociedades anónimas el individuo deviene fungible e interesa sólo su aportación, de ahí que la denominación social esté íntimamente vinculada al objeto que la sociedad persigue. Así lo establecía claramente la legislación anterior, en la cual la propia definición de sociedad anónima hacía referencia al nombre "y conocida por la designación del objeto de la empresa" (art. 424 del Código de Comercio, hoy derogado).

Desde el momento que la legislación actual admite que una sociedad pueda tener uno o más objetos consistentes en cualquier actividad lucrativa, debe ser consecuente con ello para no imponer que el nombre diga relación con el objeto en forma estricta. Sin duda que la sociedad anónima como persona jurídica necesita de este atributo y, siguiendo la costumbre en la materia, lo tomará del o de algunos de los objetos específicos a que se dedique.

Siguiendo la idea de que el nombre es un atributo de la personalidad jurídica que ampara a la sociedad anónima, la ley decide brindarle una protección al establecer que si fuere idéntico o semejante al de otra ya existente, esta última tendrá derecho a demandar su modificación en juicio sumario.

Creemos que seguramente el Reglamento que se dictará sobre la ley de sociedades anónimas deberá contener otras normas relativas al nombre social, a la forma de expresarlo, al idioma en que se indique, a su protección, etc., como ocurría bajo la vigilancia de los textos legales y reglamentarios anteriores a esta nueva ley.

*El objeto social.* Resulta novedoso que el legislador haya dedicado una disposición dentro de un párrafo especial para tratar del objeto social, el artículo 9º de la ley ubicado en su Título II.

Ya hemos dicho que la legislación actual admite la sociedad anónima de objeto múltiple, lo que se deduce de la disposición del artículo 4º N° 3, relativo al contenido de la escritura social. Pero en forma expresa lo señala el artículo 9º cuando dice: "La sociedad anónima podrá tener por objeto u objetos cualquier actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado".

La circunstancia de que se permita que la sociedad tenga uno o varios objetos no significa en manera alguna que el objeto social deja de ser determinado como elemento de la sociedad, porque su falta de determinación acarrearía una nulidad de fondo del acto fundacional o de la modificación respectiva. La sociedad anónima podrá tener uno o muchos objetos, pero cada uno de ellos deberá determinarse en forma precisa y clara como asimismo las actividades que desarrollarán para conseguirlos. Quienes deban informar la constitución y legalización de sociedades anónimas en el futuro, pondrán especial cuidado en la determinación del o de los objetos sociales.

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

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

En cambio, en las sociedades de capitales en que se ofrece como ventaja al inversionista el beneficio de la limitación de la responsabilidad en relación con la aportación realizada, no hay esta comunicabilidad de las deudas del patrimonio social al patrimonio del socio, quien en realidad deviene, en definitiva, sin responsabilidad por ellas. Siendo esto así, resulta evidente que el legislador tiene que reglamentar estricta y minuciosamente el capital social, elemento tipificador de esta clase de sociedades. Veremos separadamente los principios que informan al capital social, su pago de entero o pago, aumento, disminución y otros aspectos fundamentales.

*Principio de la efectividad del capital.* Con él se persigue que el capital sea real y en la nueva legislación tiene las siguientes manifestaciones:

1. Los aportes no consistentes en dinero deben ser avaluados. Así se desprende de los artículos 4° N° 5 y 15 inciso 3° y final. En los casos de aumento de capital, la junta debe además aprobar los aportes y su estimación.

2. Se prohíbe la creación de acciones de industria y de organización. Esta limitación está contenida en el artículo 13 de la Ley N° 18.046 y está destinada a garantizar que todas las acciones de la sociedad sean de capital, que correspondan a una parte de él y representen un valor real pagado.

3. Al constituirse la sociedad debe suscribirse y pagarse al menos  $\frac{1}{3}$  del capital inicial de la sociedad y el saldo dentro del plazo de 3 años, bajo sanción de reducirlo al valor suscrito y pagado. Así lo expresa el artículo 11 inciso 2° de la nueva ley.

*Principio de la conservación del capital.* Mediante este principio se logra que el capital social mantenga el valor que tenía al tiempo de la constitución. Las siguientes medidas legislativas lo consagran:

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

2. Estableciendo el reajuste en unidades de fomento para los saldos de precio insolutos de las acciones (art. 16, inc. 1°).

3. Se prohíbe a la sociedad anónima adquirir sus propias acciones, salvo en los casos excepcionales señalados en el artículo 27 de la Ley N° 18.046. La adquisición de acciones por la propia sociedad significa una disminución del capital social que sólo puede tolerarse en casos excepcionales en virtud de este principio que informa el capital social.

4. Se reglamenta en forma estricta la posibilidad de realizar una disminución del capital social, sólo en los casos y con los requisitos que la ley autoriza, incluso imponiéndoles obligaciones concernientes a la publicidad de esta medida (art. 28).

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

Se echa de menos en la legislación vigente aquella expresión clara del principio de conservación del capital social que, bajo la vigencia de las normas del Código de Comercio y del D.F.L. N° 251 de 1931, se traducía en la disolución de la sociedad por pérdida de un porcentaje determinado del capital social indicado en la ley o establecido en los estatutos sociales.

*Capital mínimo.* La Ley N° 18.046 no exige para las sociedades anónimas abiertas o cerradas un capital mínimo. Sin embargo, exige claramente que el capital sea fijado de manera precisa en los estatutos y que sólo puede ser aumentado o disminuido por reforma de los mismos. La determinación del capital es una mención esencial de la escritura social (art. 4° N° 5) y del extracto que de ella se forma para inscribirlo y publicarlo (art. 5° N° 3).

*Diversas clases de capital y su formación.* El capital social puede recibir los siguientes calificativos atendiendo a los criterios que señalamos a continuación.

1. *Capital nominal.* Es el que se estipula en los estatutos sociales, sea en el acto fundacional o en sus modificaciones posteriores.

2. *Capital suscrito.* Es aquel que se ha colocado entre los accionistas. Como todo socio al estipular el aporte, elemento esencial de la sociedad, esto suscribe una parte del capital social representado por un número determinado de acciones.

3. *Capital pagado.* Es aquel cuyo importe ha ingresado en arcas de la sociedad. No basta estipular el aporte y determinarlo sino que además debe cumplirse con la promesa pagando su importe a la caja social.

El capital social se forma por la suma de los aportes, sean éstos en dinero o con otros bienes. Se entiende que, en silencio del pacto social, las acciones se pagan en dinero. La ley establece una responsabilidad solidaria del gerente y directores que aceptan una forma distinta de pago, por el valor de colocación de las acciones pagadas en otra forma. Así se establece en el artículo 15 inciso 3° de la Ley N° 18.046.

Cuando las acciones no se paguen en dinero, sino con otros bienes, es necesario que éstos se tasen por peritos. En los aumentos de capital, se requiere además que la Junta Extraordinaria de Accionistas, celebrada con la presencia de un notario, apruebe dichos aportes y su tasación por lo menos por los 2/3 de las acciones emitidas para omitir esa tasación (arts. 15 inc. final, 67 inc. 2º). Será necesario además cumplir con las formalidades de tradición correspondiente a la naturaleza de cada uno de esos bienes.

Los accionistas deben pagar el valor de sus acciones en un plazo no superior a tres años contados desde la fecha de la escritura social o desde la fecha de los acuerdos de Juntas de Accionistas que aprueben los aumentos, en su caso (arts. 11 inc. 2º y 24). Si el pago no se hace dentro de dicho plazo, el capital o su aumento quedan reducidos a las sumas efectivamente suscritas y pagadas. Esta última norma es una manifestación del principio de la efectividad del capital social.

El pago diferido se efectúa mediante el empleo de unidades de fomento, lo que implica de por sí un sistema de reajustabilidad destinado a asegurar la conservación del capital. Si el valor de las acciones es expresado en moneda extranjera, sus saldos insolutos se pagan en ella o en moneda nacional al cambio oficial vigente al momento del pago; de no haber cambio oficial, se estará a lo que disponga el estatuto o contrato social (art. 16).

En el caso en que se transfieran acciones suscritas y no pagadas, el cedente responde solidariamente con el cesionario del pago de su valor, debiendo constar en el título las condiciones de pago de la acción. La garantía de pago solidaria de la enajenación de promesas de acción no estaba contemplada en el ordenamiento legal que reglamentaba la sociedad anónima antes de la promulgación de la Ley N° 18.046.

*Formas de compeler al accionista a pagar su acción.* En el evento que el asociado no cumpla la obligación fundamental de enterar su aporte pagando el valor de su acción, la sociedad puede disponer de los siguientes medios:

- Vender en una Bolsa de Valores, por cuenta y riesgo del moroso, el número de acciones necesarias para pagarse de los saldos insolutos y los gastos, reduciéndole su título a las acciones que le resten;
- Aplicar las demás medidas y arbitrios que puedan contener los estatutos sociales (art. 17);
- Puede demandar judicialmente el cumplimiento de la obligación de enterar el aporte estipulado, que está contenida en la escritura pública por la cual se perfeccionó el acto fundacional, valiéndose de las reglas del juicio ejecutivo.

De estos medios compulsivos la sociedad elige el más apropiado para obligar al accionista a cumplir con su aporte. Se trata de una obligación alternativa a elección del acreedor, de suerte que, al escoger un medio, exonera la ejecución de los otros.

*Invariabilidad del capital.* El capital de una sociedad anónima se caracteriza por ser fijo e invariable. Esto implica que sólo puede ser aumentado o disminuido mediante reforma de estatutos (art. 10, inc. 1º). La alteración del capital requiere, pues, modificación del pacto social decidida por la Junta Extraordinaria de Accionistas, con los requisitos exigidos por la ley.

Sin embargo, el capital y el valor de las acciones se entenderán modificados de pleno derecho cada vez que la Junta de Accionistas apruebe el balance del ejercicio, variación resultante de la distribución de la revalorización del capital propio. Para ello, el directorio al someter el balance del ejercicio a la consideración de la junta, deberá previamente distribuir la revalorización citada entre las cuentas del capital pagado, las de utilidades retenidas y otras cuentas representativas del patrimonio (art. 10, inciso final).

*El aumento de capital.* Tal como lo expresáramos, el aumento de capital constituye una reforma de estatutos que sólo puede ser acordada en Junta Extraordinaria de Accionistas, celebrada ante notario (art. 57, N° 2º) por la mayoría prevista en el pacto social. Tratándose de sociedades anónimas cerradas, este acuerdo debe adoptarse por mayoría absoluta de las acciones emitidas con derecho a voto (art. 67). Debe además cumplirse con las formalidades de publicidad de toda reforma de estatutos (el acta se debe reducir a escritura pública de la cual se elabora un extracto para inscribir y publicar).

Los acuerdos de la Junta Extraordinaria de Accionistas relativos a aumento de capital no pueden establecer plazo superior a 3 años contados desde su fecha para la emisión, para la suscripción y pago de las acciones respectivas, cualquiera que sea la forma de su entero. Transcurrido este término, el aumento queda reducido a la cantidad efectivamente pagada, salvo que estuviere pendiente una emisión de bonos convertibles en acciones y por la cantidad de acciones necesarias para cumplir con la acción (art. 24), las que pueden permanecer sin ser suscritas ni pagadas para tales efectos.

*Formas de realizar el aumento de capital.* La sociedad anónima dispone de los siguientes mecanismos para llevar a efecto una decisión sobre aumento de capitales:

1. La emisión de nuevas acciones de pago que se ofrecerán al precio que determine libremente la Junta de Accionistas. Este mayor valor debe capitalizarse y el eventual menor valor cargarse a pérdidas, en sus respectivos casos.

Las opciones para suscribir los aumentos de capital deben ser ofrecidas al menos por una vez preferentemente a los accionistas a prorrata de las acciones que posean. Este derecho de preferencia debe ejercerse o transferirse dentro del plazo de 30 días contados desde que se publique la opción (art. 25). El derecho es asimismo renunciable. De esta suerte se aclara la duda que existía respecto de la disposición de este derecho, ya que la autoridad de control se resistía a admitirla.

Si la opción no se ejercita o transfiere, se puede ofrecer libremente las acciones a otras personas, y el hecho de adquirirlas implica la aceptación de los estatutos sociales y de los acuerdos de las Juntas de Accionistas, debiendo constar por escrito la suscripción, para la cual un instrumento privado es suficiente, por cuanto la ley no exige el otorgamiento de escritura pública.

2. La capitalización total o parcial de la parte de utilidades que no se distribuyan como dividendos mínimos obligatorios o adicionales, por medio de la emisión de acciones liberadas de pago o crías o por el aumento del valor nominal de las acciones.

Las acciones liberadas que se emiten se distribuyen entre los accionistas a prorrata de las acciones suscritas en el respectivo registro, el quinto día hábil anterior a la fecha del reparto (art. 80).

3. Capitalizando el fondo de revalorización del capital propio y los demás fondos susceptibles de ser capitalizados, mediante la emisión de acciones liberadas o el aumento del valor nominal de las acciones antiguas.

He aquí las tres formas en que la sociedad puede hacer efectivo el acuerdo de aumento de capital tomado por sus órganos deliberantes con las solemnidades y formalidades contempladas por la ley vigente.

*La disminución del capital.* Para lograr disminuir el capital de una sociedad anónima se requiere de una reforma de estatutos, acordada en Junta Extraordinaria de Accionistas, celebrada con la presencia de un notario, por el voto conforme de los  $\frac{2}{3}$  de las acciones emitidas con derecho a voto y con las formalidades de publicidad ya comentadas (arts. 57 y 67 inc. 2°).

El reparto o devolución de capital o adquisición de acciones con que la disminución de capital pretenda llevarse a cabo, no puede hacerse antes de 30 días siguientes a la fecha de publicación en el Diario Oficial del extracto de la modificación pertinente. Asimismo, dentro de los 10 días siguientes a esa publicación debe publicarse un aviso destacado en un diario de circulación nacional que comunique la disminución del capital y su monto (art. 28 en relación con el artículo 27, N° 3°).

En caso de quiebra de la sociedad, los créditos de los acreedores sociales, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan, prevalecerán sobre los que posean los accionistas en razón de una disminución de capital; con esto se pretende evitar una burla a esos acreedores por los accionistas que estarían así privándoles de posibilidad de pago al retirar recursos de la quiebra que son la única garantía de pago de los acreedores de la sociedad.

La ley señala, además, que los pagos ya hechos a esos accionistas pueden ser revocados en la quiebra por el ejercicio de la acción pauliana especialmente contemplada en el artículo 73 de la Ley de Quiebras, y así esos valores volverían a la masa concursada (art. 29).

*Formas de realizar la disminución de capital.* Para lograr la disminución del capital social pueden utilizarse los siguientes mecanismos:

1. La disminución del valor nominal de las acciones devolviendo la diferencia al accionista;
2. En caso que las acciones no estuvieren totalmente pagadas, liberando al accionista de la obligación de pagar total o parcialmente el saldo y disminuyendo su valor nominal;
3. Mediante la compra por la sociedad de acciones de su propia emisión, con los requisitos exigidos por el artículo 27 de la ley, esto es:
  - a) Cuando resulte del ejercicio del derecho de retiro del accionista disidente conforme al artículo 69;
  - b) Cuando resulte de la fusión con otra sociedad que sea accionista de la sociedad absorbente;
  - c) Para cumplir la reforma de disminución cuando la cotización de acciones en el mercado fuere inferior al valor de rescate que proporcionalmente corresponda pagar a los accionistas.

Las acciones adquiridas en los dos primeros casos deberán enajenarse en el plazo máximo de un año desde la fecha de la adquisición, so pena de que si no se hiciere disminuir el capital de pleno derecho; para su enajenación deberá cumplirse con la oferta preferente a que alude el artículo 25. Mientras estas acciones sean de propiedad de la sociedad, no se computan para los efectos de los quórum de funcionamiento de las Juntas de Accionistas, ni tienen derecho a voto, dividendo o preferencia en la suscripción de aumentos de capital.

*Las acciones.* En este dominio la Ley N° 18.046 de 22 de octubre de 1981, no establece grandes cambios. En términos generales puede decirse que el concepto de acción y su triple significado tienen el mismo alcance que bajo la legislación anterior. La acción puede, en consecuencia, ser considerada como parte alícuota en que se divide el capital social; como conjunto de derechos patrimoniales e institucionales y como título de crédito esencialmente cesible, negociable e incluso susceptible de transacción bursátil.

Se establece claramente que las acciones no pagadas o promesas de acción como se denominaban bajo la vigencia de la legislación anterior (art. 449 del Código de Comercio), otorgan iguales derechos que las acciones pagadas, salvo en lo relativo a la participación en las utilidades y en las devoluciones de capital, casos en los que concurrirán en proporción a la parte pagada, salvo normas estatutarias diferentes.

A diferencia del artículo 108 del D.F.L. N° 251, hoy derogado, el artículo 20 de la Ley N° 18.046 se limita a señalar que las preferencias deberán constar en los estatutos sociales y en los títulos de las acciones deberá hacerse referencia a ellas, sin indicar concretamente en qué pueden consistir. Queda pues abierta la posibilidad de crear cualquier tipo de preferencia que distingue a la acción privilegiada de la acción ordinaria, sin que exista calificación ni aprobación de la Superintendencia, como ocurría bajo la vigencia de la legislación anterior. La autonomía de la voluntad tiene, sin embargo, las siguientes limitaciones:

- No puede estipularse preferencias sin precisar el plazo de su vigencia;
- No puede pactarse privilegios que consistan en el otorgamiento de dividendos que no provengan de utilidades del ejercicio o de utilidades retenidas y de sus respectivas revalorizaciones;
- Las reformas del pacto social o estatutos que tengan por objeto la creación, modificación o supresión de preferencias deben ser aprobadas por el voto conforme de las 2/3 partes de la serie o series afectadas (art. 67, inc. final). La decisión debe tomarse en Junta Extraordinaria de Accionistas, con asistencia de notario y con las formalidades ya estudiadas.

Se denomina serie afectada, en caso de creación o aumento de preferencia, la serie común y en el evento de disminución o supresión de preferencia, la serie preferida.

Un tipo de preferencia que apunta a los derechos institucionales del accionista permite distinguir entre acciones con derecho de voto normal, esto es, 1 voto por acción y acciones sin derecho a voto o con derecho a voto limitado. En estos casos debe crearse series especiales preferentes, sin que pueda establecerse series de acciones con derecho a voto múltiple.

Los accionistas sin derecho a voto o con derecho a voto limitado, en las materias que carezcan de derecho a voto, no se computarán para el cálculo del quórum o mayoría del funcionamiento de las asambleas. La circunstancia de que la acción no otorgue derecho a voto o lo confiera en forma limitada para ciertas materias, se compensa con derechos preferentes en el orden pecuniario. Esta tendencia viene imponiéndose en el derecho comparado de sociedades anónimas y la encontramos tanto en el derecho francés como en el alemán e italiano y en América Latina en la legislación brasileña (Ley N° 6.404 de 15 de enero de 1976). En el fondo se trata de reconocer jurídicamente que existen fundamentalmente tres tipos de accionistas en las sociedades anónimas: el ahorrante que invierte su dinero en este título como podría colocarlo en cualquier otro valor mobiliario del mercado; el especulador que lo hace con el propósito de obtener una ganancia a corto plazo y el accionista de control, a quien le interesa participar en la gestión social.

El accionista sin derecho a voto lo adquiere de pleno iure, si la sociedad no cumple con las preferencias acordadas y lo mantiene mientras dure el incumplimiento. Las situaciones que se prestan a duda son resueltas por la Superintendencia, tratándose de sociedades abiertas que están sometidas a su fiscalización y en el caso de las sociedades anónimas cerradas, por el árbitro o por los tribunales de justicia.

Las acciones pertenecientes a los Fondos Mutuos sólo tienen derecho a voto en las materias a que se refiere el artículo 67 de la Ley N° 18.046.

*Transferencia de las acciones.* La característica fundamental de las sociedades anónimas es que su capital está dividido en partes alícuotas representadas en títulos esencialmente negociables. La cesibilidad de la acción como título de participación social es uno de sus rasgos más característicos,

y su supresión o limitación atenta contra la esencia misma de este tipo societario, salvo cuando el legislador limita expresamente esas restricciones.

En la legislación vigente los estatutos de sociedades anónimas abiertas no pueden contener cláusulas que limiten la libre cesibilidad de las acciones. A contrario sensu, debemos entender que tal limitación no rige para las sociedades anónimas cerradas; en estas últimas se advierte un carácter "familiar" acentuado, por lo que no tiene mayor relevancia la existencia de tales restricciones, con tal que en definitiva no signifiquen que el accionista quede convertido en prisionero de su título. Las disposiciones reglamentarias que deben dictarse, como asimismo las futuras decisiones de los tribunales que se pronuncien al respecto, contribuirán a determinar el justo alcance de estas limitaciones a la negociabilidad de la acción.

Se faculta asimismo a los accionistas para estipular pactos particulares relativos a la cesión de acciones, los que deben ser depositados en la compañía a disposición de los demás accionistas y terceros interesados y se hace referencia a ellos en el Registro de Accionistas. Si no se hiciera, tales pactos se tienen por no escritos.

La transferencia de las acciones se hará de acuerdo con el Reglamento que debe dictarse, el que determinará, además, los requisitos formales del título y la manera como se reemplazarán los títulos perdidos o extraviados. Mientras no se dicte el Reglamento se aplican a la transferencia de acciones las normas contenidas en el Reglamento N° 4.705 de 1946, en virtud del artículo 3° transitorio de la Ley N° 18.046.

No corresponde a la sociedad pronunciarse sobre la transferencia, sino que debe inscribirse en trámite los traspasos que se le presenten, siempre que cumplan las formalidades mínimas reglamentarias.

La autoridad de control resuelve administrativamente, con audiencia de las partes interesadas, las dificultades que se produzcan con motivo de la tramitación e inscripción de los traspasos de acciones de sociedades anónimas abiertas. En estas últimas puede asimismo autorizar el establecimiento de sistemas que sustituyan la obligación de emitir títulos o que simplifiquen en casos calificativos las formas de efectuar las transferencias de acciones, siempre que dichos sistemas resguarden debidamente los derechos de los accionistas (art. 12).

*La transmisibilidad de las acciones.* Las acciones como títulos de crédito pertenecientes a la categoría de los valores mobiliarios o títulos de participación social son transmisibles.

Los herederos o legatarios del accionista fallecido deben registrarlas a su nombre dentro de los 5 años después de la muerte del causante, bajo sanción de ser vendidas por la sociedad en la forma, plazos y condiciones que determine el reglamento. El dinero que se obtenga de esta venta permanecerá a disposición de los herederos o legatarios por el término de 5 años, para entregárselo reajustado y con los intereses determinados en el art. 84. Pasado este plazo este dinero se entrega a los Cuerpos de Bomberos.

Al asignatario o adjudicatario se le hace la transmisión de la acción inscribiéndola a su nombre en el Registro con el mérito de la

exhibición de copia del testamento o de la resolución que concede la posesión efectiva de la herencia o del acto particional, acreditando el pago del impuesto a la herencia. Rige mientras no se dicte el Reglamento del artículo 37 del Reglamento N° 4.705 de 1946 sobre sociedades anónimas chilenas y extranjeras.

*Constitución de gravámenes y de derechos reales sobre acciones.* De conformidad con lo previsto por el artículo 23 de la Ley N° 18.046, la constitución de gravámenes y de derechos reales distintos del dominio sobre las acciones de una sociedad anónima, no le son oponibles a ésta, a menos que se le hubiere notificado por ministro de fe, el cual debe inscribir el derecho a gravamen en el Registro de Accionistas.

La constitución de gravámenes y de derechos reales diversos del dominio sobre las acciones de una sociedad anónima se explica fácilmente si se tiene en cuenta que ellas pertenecen a la categoría jurídica de los títulos de crédito, cuya estructura está compuesta de un elemento material, documento y de una declaración instrumental o derecho incorporado. En su aspecto material el título de crédito acción es un bien mueble y como tal es susceptible de relaciones reales.

Nos parece apropiado que el legislador se preocupara de establecer que la constitución de gravámenes y de derechos reales diversos del dominio sobre las acciones debe someterse a ciertas formalidades de publicidad, con lo cual se ampara los derechos de terceros y de la propia sociedad.

Tratándose de usufructo, las acciones se inscriben en el Registro de Accionistas a nombre del nudo propietario, que no deja de ser dueño por establecer esta limitación a su dominio de los títulos, y del usufructuario, expresándose la existencia, modalidades y plazos del usufructo. Salvo disposición legal expresa en contrario o estipulación de las partes, el nudo propietario y el usufructuario deben actuar de consuno frente a la sociedad. No puede desconocerse la finalidad práctica de esta disposición en orden a evitar dificultades respecto de los derechos que emanan de una acción dada en usufructo respecto del funcionamiento de la sociedad, pero es curioso que obligue a actuar a consuno a personas que tienen o pueden tener intereses divergentes respecto de la marcha de la compañía, en razón de los derechos que cada uno de ellos tiene respecto de la acción.

En el caso de haber comunidad sobre una o varias acciones, los codueños están obligados a designar un apoderado común para actuar ante la sociedad.

*El embargo de acciones.* La nueva ley ha precisado que el embargo sobre acciones no priva a su dueño del pleno ejercicio de los derechos sociales, excepto el de la libre cesión de las mismas, que queda sujeto a las restricciones establecidas en la ley común.

*Derechos de los accionistas.* Ya hemos indicado que la acción confiere a su titular un conjunto de derechos institucionales y patrimoniales, la ley se preocupa de reglamentar estableciendo las condiciones de su ejercicio y, en algunos casos, la protección que merecen quienes los detentan. Estos derechos son, fundamentalmente, los siguientes:

1. Derecho a la información;
2. Derecho a voz y voto en las Asambleas o derecho a participar en el poder deliberante;
3. Derecho a los dividendos;
4. Derecho a una parte del capital al tiempo de la liquidación;
5. Derecho a negociar libremente la acción;
6. Derecho a suscribir preferentemente acciones; y
7. Derecho a retiro de los accionistas disidentes.

*Derecho a la información.* Es este un derecho de carácter institucional o político que permite al accionista tomar conocimiento de la marcha de los negocios sociales para ejercer con mayor eficacia su derecho de voz y voto en los órganos deliberantes de la sociedad. Debe reconocerse su existencia y permitirse su ejercicio durante toda la vida de la sociedad anónima, pero, sin duda, adquiere mayor relevancia en la época que precede a la reunión de las Juntas de Accionistas.

La Ley N° 18.046 trata de este derecho en el artículo 54 ubicado en el Título V de la fiscalización de la administración.

Para que se cumpla con la finalidad que este derecho persigue, determinados documentos esenciales para enterarse de la gestación y ejecución de los negocios sociales deben estar a disposición de los accionistas. En virtud del artículo 54 de la ley que comentamos, la memoria anual, balance, inventario, actas, libros de contabilidad y los informes de los auditores externos y, en su caso, de los inspectores de cuentas, quedan a disposición de los accionistas para su examen en la oficina de la administración de la sociedad, durante los quince días anteriores a la fecha señalada para la reunión de la Junta de Accionistas. Los accionistas sólo pueden examinar estos documentos en el término ya señalado. En el mismo plazo tienen derecho a examinar iguales antecedentes de las sociedades filiales en la forma y plazo que determine el reglamento. Mientras éste no se dicte, se entiende vigente el artículo 121 del D.F.L. N° 251 de 1931, que reproduce casi íntegramente el artículo 90 de la Ley N° 18.046, y que obliga a la sociedad matriz a señalar en su memoria las inversiones en sociedades filiales, dar a conocer los balances de esas empresas y una memoria explicativa de sus negocios. Cuando existen filiales el balance deberá ser consolidado, y el dividendo mínimo fijado por el art. 79 debe calcularse sobre las utilidades líquidas consolidadas.

No obstante, con la aprobación de las tres cuartas partes de los directores en ejercicio puede darse carácter de reservado a ciertos documentos que se refieren a negociaciones aún pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el interés social. Los directores que dolosa o culpablemente concurren con su voto favorable a la declaración de reserva, responden solidariamente por los perjuicios que ocasionaren.

Si comparamos la norma del artículo 54 de la Ley N° 18.046 con el derogado artículo 462 del Código de Comercio, advertimos que en el texto en actual vigencia se priva del derecho de información a las directivas de los Sindicatos, o en su defecto, al delegado del Personal. Este derecho asistía al personal de la empresa en virtud de la reforma introducida al derecho de sociedades anónimas por la Ley N° 17.308 de 1970.

Por otra parte, junto con establecer la excepción de reserva de determinados documentos, la disposición del inciso final del artículo 54 de la Ley N° 18.046, crea una responsabilidad solidaria de los directores que dolosa o culpablemente la acordaren por los perjuicios que se ocasionaren. Tal sanción no estaba contemplada en la legislación anterior en la materia.

Otra norma que contribuye a la información de los accionistas es aquella que obliga a mantener en las oficinas de la sociedad ejemplares de los estatutos, sus modificaciones y la nómina de accionistas, contenida en el artículo 7° de la Ley N° 18.046.

Además, en virtud del artículo 46 el directorio está obligado a proporcionar a los accionistas y al público la información suficiente, fidedigna y oportuna que la ley, y en su caso la Superintendencia, determine respecto de la situación legal, económica y financiera de la compañía, so pena de responder solidariamente los directores infractores de los perjuicios causados y de ser objeto de las sanciones administrativas aplicables por la autoridad de control. Concuera esta norma con el artículo 4° letra g) del Decreto Ley N° 3.538 que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, que establece precisamente entre sus atribuciones la de requerir de las personas o entidades fiscalizadas que proporcionen, por las vías que ella determine, veraz, suficiente y oportuna información al público sobre su situación jurídica, económica y financiera, pudiendo la autoridad de control efectuar directamente publicaciones que fueren necesarias para estos fines, con cargo a los sujetos fiscalizados.

Como los negocios de las sociedades anónimas abiertas interesan no sólo a sus accionistas sino al público en general, el legislador se preocupa de reglamentar el derecho de información dirigido a este último, favoreciendo por este camino al pequeño inversionista o ahorrante que podrá ahora contar con información completa, oportuna y veraz, privilegio del que gozaban otrora sólo "los iniciados" en la vida de los negocios.

Constituyen asimismo una manifestación del derecho de información a los accionistas las disposiciones de los artículos 74 y 75 de la Ley N° 18.046 que consagran obligaciones que las sociedades deben cumplir en este sentido. En efecto, según el art. 74 inc. 3° y 4°, en las sociedades anónimas abiertas la memoria incluye como anexo una síntesis fiel de los comentarios y proposiciones que formulen accionistas que poseen o representen el 10% o más de las acciones emitidas con derecho a voto, relativas a la marcha de los negocios sociales y siempre que dichos accionistas así lo soliciten. Esta norma no estaba contemplada en la legislación anterior y resulta de interés por cuanto permite a un grupo de accionistas hacer un comentario sintético sobre la gestión social, documento que acompaña a la memoria anual que prepara el directorio, como anexo, proporcionando a los demás accionistas otros elementos de juicio para juzgar la misión de los órganos administrativos, contribuyendo de esta manera al ejercicio más razonado del derecho de voto. Este comentario debe incluirse con toda la documentación que la sociedad envía a los accionistas, en las sociedades abiertas, con motivo de la citación a junta. El art. 75 impone al directorio la obligación de enviar a cada uno de los accionistas inscritos en el respectivo registro, una copia del balance y de la memoria de la sociedad, incluyendo el dictamen de los auditores y sus

notas respectivas, en una fecha no posterior a la del primer aviso de una convocatoria para junta ordinaria. En las sociedades anónimas cerradas el envío de la memoria y balance se efectúa sólo respecto de los accionistas que lo soliciten.

*Derecho de voto.* En las sociedades anónimas la organización de su funcionamiento traduce el esquema de un estado democrático en el cual impera el principio de la separación de los poderes. No puede perderse de vista que el derecho de sociedades anónimas, en sus inicios, tuvo una gran influencia del Derecho Público. Así la Asamblea de Accionistas es, por esencia, el órgano supremo de la sociedad anónima, donde los accionistas, al menos teóricamente, expresan libremente su voluntad y en ella deberían radicar las facultades que le permitan acordar las decisiones más trascendentales. Sin embargo, con el transcurso del tiempo se advierte que las asambleas son órganos "pesados", difíciles de hacer funcionar con la celeridad que los negocios requieren, razón por la cual se les va privando de sus atribuciones en favor de los órganos de administración, para dejarlas con una competencia más bien residual. Con todo, algunas decisiones importantísimas para la vida de la sociedad aún son de resorte de este órgano deliberante, de ahí la preocupación del legislador en reconocer y reglamentar el derecho de voz y de voto, cautelando su ejercicio, para que la sociedad anónima, al menos en el texto legal, conserve su imagen de una institución democrática en la cual las minorías pueden también expresarse.

El derecho de voz y de voto se ejerce en el funcionamiento de los órganos deliberantes, pero su protección y adecuado ejercicio principia con las normas que tutelan una convocatoria regular de las asambleas, el libre acceso a ellas por quienes tienen derecho a hacerlo, el otorgamiento de poderes para ejercerlo por representación y el desarrollo mismo de la reunión con sus mecanismos de quórum y mayoría para acordar decisiones.

La jurisprudencia administrativa formada por las decisiones de la autoridad de control, por sus informes y oficios, ha reiterado que el derecho a participar en los órganos deliberantes es un derecho personal de los accionistas, del cual una junta no los puede privar; que este derecho nace desde que se suscribe la acción, aun cuando no esté pagada, siempre que esté inscrita en el Registro de Accionistas. Lo interesante radica en que estos pronunciamientos de la Superintendencia hoy han plasmado en el texto legal. En efecto, el art. 16 inc. 3° de la Ley N° 18.046 dispone que el derecho de voto corresponde a las acciones aun cuando no estén pagadas, salvo disposición estatutaria en contrario. Se trata pues de un derecho sustancial a la calidad de accionista.

El artículo 21 de la ley de sociedades anónimas contempla la regla general en materia de derecho de voto: cada accionista dispone de un voto por acción que posea o represente, existiendo la posibilidad de acciones sin derecho a voto o con voto limitado. Según el artículo 62 de la misma ley, para poder ejercer el derecho a voto es necesario que las acciones estén inscritas en el Registro de Accionistas, con 5 días de anticipación a lo menos a la fecha de la junta respectiva. Los accionistas sin derecho a voto, así como los directores o gerentes que no sean accionistas, pueden participar en las asambleas con derecho a voz.

El ejercicio de este derecho puede hacerse por representación, sea o no accionista el representante, con tal que el poder se confiera por escrito y por el total de las acciones que tenga inscritas en el Registro de Accionistas, con 5 días de anticipación a la junta. Aún no se han dictado las normas reglamentarias relativas al contenido del poder y a su calificación, por lo que se encuentran en actual vigencia las reglas del Reglamento N° 4.705 de 1946 sobre la materia.

No hay novedades en cuanto al derecho de voto en las acciones (art. 66) respecto de las reglas que se aplicaban antes de la Ley N° 18.046 de 1981. En el caso de existir prenda sobre las acciones, el derecho corresponde al deudor prendario. En caso de usufructo al nudo propietario y al usufructuario, de consuno, salvo pacto distinto.

*El derecho a los dividendos.* La participación en las utilidades y pérdidas es un elemento esencial de la noción de sociedad. En las sociedades anónimas las utilidades se reparten bajo la forma de dividendo según lo estipulado en el pacto social y lo decidido en la Junta General Ordinaria de Accionistas. A diferencia de lo que ocurre en las sociedades de personas en las cuales aunque el socio no haya enterado la totalidad del aporte estipulado goza sin límites del derecho de participar en las utilidades, en las sociedades anónimas, de acuerdo con la disposición del art. 21 de la Ley N° 18.046, los accionistas cuyos títulos no estén totalmente pagados ven limitado su derecho a dividendos a la parte proporcional de su valor pagado, salvo regla estatutaria diversa.

La posición que se adopte sobre el ejercicio del derecho a dividendo debe concordar con la idea que se tenga respecto de los intereses que están en juego en la sociedad anónima. Si se pretende cautelar el interés de los acreedores y de terceros, la ley será reacia o indiferente en proteger el derecho a dividendos. Si, por el contrario, se piensa que el interés fundamental consiste en canalizar los ahorros hacia las empresas que, capitalizando una parte de sus utilidades, pueden repartir el resto como dividendo, se estimulará las reglas en este sentido. Sin abandonar los resguardos fundamentales para los acreedores y terceros, nuestra ley actual cambia en relación a las reglas anteriormente aplicables, centrando el interés en la condición de socio que resulta así robustecida.

Aparte de la distinción tradicional entre dividendos provisorios y definitivos, interesa comentar la categoría de dividendos mínimos obligatorios y de dividendos adicionales. Los dividendos mínimos obligatorios son aquellos que deberán distribuirse en dinero anualmente. Las sociedades anónimas abiertas, salvo acuerdo diferente adoptado en la junta respectiva, por la unanimidad de las acciones emitidas, deberán distribuir por este concepto a sus accionistas al menos el 30% de las utilidades líquidas de cada ejercicio, a prorrata de las acciones o en la proporción que establecen los estatutos si hubiere acciones preferidas. Tratándose de sociedades anónimas cerradas deberá estarse a lo que estipulen los estatutos, y si éstos nada dijeren, se les aplica la norma ya señalada de las sociedades abiertas (art. 79 inc. 1°). Dividendos adicionales son los que la junta acuerda distribuir por sobre los mínimos obligatorios.

El monto de los dividendos es variable y está condicionado a la existencia de utilidades líquidas en el ejercicio, o retenidas de otros ejercicios y que ahora se repartan. Todo ello, siempre que las utilidades no sean absorbidas por pérdidas del ejercicio o acumuladas, porque en tales casos las utilidades deben aplicarse a ellas.

*Epoca de pago de los dividendos.* Debemos formular la siguiente distinción: los dividendos mínimos obligatorios, los adicionales y provisionales:

- 1) El pago de los dividendos mínimos obligatorios, que corresponda según la ley o los estatutos, será exigible transcurridos 30 días contados desde la fecha de la junta que aprobó la distribución de las utilidades del ejercicio;
- 2) El pago de los dividendos adicionales que acordare la junta se hará dentro del ejercicio en que se adopte el acuerdo y en la fecha en que ésta determine o en la que fije el directorio, si la asamblea le hubiere facultado al efecto;
- 3) El pago de los dividendos provisionales se hará en la fecha que determine el directorio.

Los dividendos serán pagados a los accionistas inscritos en el registro respectivo el quinto día hábil anterior a las fechas establecidas para su solución (art. 81, inc. final).

*Forma de pago de los dividendos.* El modo normal de cumplir la obligación de pagar el dividendo consiste en solucionarlo en dinero, salvo acuerdo diferente adoptado por la unanimidad de las acciones emitidas. En las sociedades anónimas abiertas se podrá cumplir la obligación de pagar dividendos, en lo que exceda a los mínimos obligatorios legales o estatutarios, otorgando opción a los accionistas para recibirlos en dinero, en acciones liberadas de la propia emisión o en acciones de sociedades anónimas abiertas de que la empresa sea titular. El ejercicio de la opción se ajustará a las condiciones de equidad e información que determine el reglamento, entendiéndose, en caso de silencio del accionista, que éste opta por el pago en dinero. Mientras no se dicte el reglamento la referencia debe entenderse hecha al artículo 113 inc. 2º y 3º del D.F.L. N° 251 de 1931, que determina que la opción debe regularse por las condiciones que fije la Superintendencia. En caso que exista usufructo sobre las acciones, la opción debe ejercitarla el usufructuario.

Es interesante que el legislador, junto con establecer la opción para que el dividendo se pague en acciones liberadas de la propia emisión de la sociedad que los deba o en acciones de sociedades anónimas abiertas de que la empresa sea titular, en vez de pagarse naturalmente en dinero, se preocupe de reglamentar cómo se hace efectiva esta opción tutelando los derechos del accionista, como deberá hacerlo la norma reglamentaria que se dicte al respecto. Resulta inquietante que el accionista reciba el pago de sus dividendos en acciones de otra sociedad anónima abierta que, aunque se tomen los resguardos del caso, no se sabe si, a su turno, va a repartir dividendos. Reiteramos que la participación en las utilidades es un elemento esencial de la sociedad.

Los dividendos devengados que la sociedad no hubiere pagado o puesto a disposición de los accionistas, dentro de los plazos legales (art. 81), se reajustarán de acuerdo con la variación que exprese el valor de la unidad de fomento entre la fecha en que éstos se hicieron exigibles y la de su pago efectivo, y devengarán intereses corrientes para operaciones reajustables por el mismo período. Es interesante esta norma en la medida en que cautela el interés de los accionistas para que éstos reciban un valor real por concepto de pago de los dividendos a que tienen derecho, poniéndolos a cubierto de la depreciación monetaria, e instando de esta forma a las sociedades a cumplir oportunamente con la obligación de pagarlos.

Si los dividendos no son reclamados por los accionistas en el plazo de 5 años desde que se han hecho exigibles, pertenecerán a los Cuerpos de Bomberos.

Vale la pena destacar que el legislador se ocupa ahora de un aspecto práctico para que el accionista pueda cobrar compulsivamente sus dividendos, el título ejecutivo. En efecto, de acuerdo con lo previsto por el art. 83 de la ley de sociedades anónimas en vigencia, la Superintendencia, en las sociedades anónimas abiertas, y un notario, en las sociedades anónimas cerradas, podrán certificar, a petición de la parte interesada, una copia del acta de la junta o del acuerdo del directorio, o la parte pertinente de la misma, en que se haya acordado el pago de los dividendos. Esa copia y el o los títulos de las acciones o el documento que haga sus veces, constituyen título ejecutivo en contra de la sociedad para demandar el pago de esos dividendos.

Según el artículo 19 de la ley en vigencia los accionistas no están obligados a devolver a la caja social las cantidades que ya hubieren percibido. Esta norma se reitera con lo expresado en el artículo 2.070 N° 3° del Código Civil en su texto fijado por el artículo 138 de la Ley N° 18.046.

*Derecho de los accionistas a recuperar el aporte al tiempo de la liquidación.* El capital social constituye para la sociedad una deuda por cuanto se ha formado por los aportes que han realizado los socios. Salvo la hipótesis del aporte en usufructo que se aplica corrientemente en las sociedades de personas, el aporte se hace en dominio a la sociedad, que adquiere el bien que ingresa jurídicamente a su patrimonio por la tradición, naciendo para el socio un derecho personal o de crédito para obtener la restitución de su interés social al tiempo de la liquidación.

En las sociedades anónimas, de acuerdo con lo previsto por el artículo 117 de la ley vigente, sólo pueden hacerse repartos por devolución de capital a sus accionistas una vez pagadas o asegurado el pago de las deudas sociales.

Los repartos que se efectúen durante la liquidación, denominados dividendos de liquidación o de superactivo, en el derecho comparado según la legislación nacional en vigor deben pagarse en dinero a los accionistas, salvo acuerdo diferente adoptado en cada caso por la unanimidad de las acciones emitidas. Con todo, la Junta Extraordinaria de Accionistas, por los 2/3 de las acciones emitidas, puede aprobar que se efectúen repartos opcionales, siempre que las opciones ofrecidas sean equitativas, informadas y se ajusten a las condiciones que determine el reglamento.

En tanto no se dicte el reglamento de sociedades anónimas a que alude la Ley N° 18.046, no existen por ahora normas aplicables al respecto. El derogado Reglamento 4.705 de 1946 no contiene normas sobre este particular que pudieran ser aplicables en virtud de lo dispuesto por el art. 3° transitorio de la ley de sociedades anónimas que comentamos.

Los dividendos de liquidación deben repartirse a lo menos cada tres meses, y, en todo caso, cada vez que en la caja se hayan acumulado fondos suficientes para pagar a los accionistas una suma equivalente, a lo menos, al 5% del valor de sus acciones. Respecto de los accionistas que tienen derecho a recibirlos, en relación con su pago, y los reclamos que pueden intentarse, se aplican las reglas relativas al pago de los dividendos contenidas en los artículos 84 y 85 de la ley, ya comentados.

*Derecho a ceder su acción.* El capital social de las sociedades anónimas está representado en títulos cuya cesibilidad, en principio, no admite limitaciones. En las sociedades anónimas cerradas, que siendo de capitales en la forma, mantienen en práctica rasgos "familiares" o "personales", se admite por la legislación vigente que pueda limitarse la negociabilidad de las acciones, justamente para permitir que la sociedad, de este modo, preserve, si sus socios lo desean, las características que hemos destacado. Siendo así puede decirse que la libre cesión de las acciones, en las sociedades anónimas cerradas es un elemento de la naturaleza que puede ser modificado por estipulación estatutaria.

Por el contrario, en las sociedades anónimas cerradas la libre transferencia de las acciones es elemento de su esencia y los estatutos no pueden contener estipulación alguna que la limite.

Los pactos particulares entre accionistas relativos a cesión de acciones deben ser públicos y depositados en la compañía a disposición de los demás accionistas y terceros interesados y debe hacerse referencia de ellos en el Registro de Accionistas, so pena de tenerlos por no escrito (art. 14, inc. 2°). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés de sociedades anónimas, en el cual el legislador reglamentó expresamente los pactos relativos a la limitación de la libre negociabilidad de las acciones, llamados "claus d'agrément"<sup>8</sup>, la ley chilena en la materia sólo destaca que deben ser públicos, como recién lo señalamos. No puede desconocerse, sin embargo, que la norma del art. 14, inc. 2° de la ley chilena en vigor trasunta el propósito general del legislador de proteger los derechos de los accionistas mediante medidas que contribuyen a la "transparencia" del mercado de capitales, a fin de que cada uno de ellos pueda saber qué está sucediendo en la sociedad anónima en la cual han invertido y que tal conocimiento sea el antecedente que le permita tomar las medidas del caso.

El derecho de los accionistas para suscribir preferentemente acciones en los casos de aumento de capital lo analizamos al tratar del capital social.

<sup>8</sup>Véase los arts. 274 a 276 de la Ley Francesa 66-537 de 24 de julio de 1966.

*Derecho del accionista disidente para retirarse de la sociedad.* Es primera vez en nuestro medio que se reglamenta esta prerrogativa del accionista de retirarse de la sociedad, de no permanecer prisionero de su título, cuando no está de acuerdo con la forma como se llevan a cabo los objetivos sociales. Consagrar esta facultad significa reiterar que, en el caso de las sociedades anónimas, estamos frente a una verdadera institución y que los rasgos convencionales o contractuales son cada vez menos importantes para explicar su naturaleza jurídica. Este derecho a retiro nunca podría concebirse en las sociedades de personas en las cuales el aspecto contractual es predominante y la consideración del sujeto resulta esencial. Como hemos indicado en las sociedades de capitales como la anónima el individuo deviene fungible e interesa sólo su aportación. De ahí que permitirle el retiro no origine problemas ni consecuencias jurídicas importantes.

El accionista que no esté de acuerdo con los aspectos fundamentales respecto de la sociedad de que forma parte puede retirarse, previo pago que esta última debe hacerle de sus acciones, valorizadas según valor de libro en las compañías cerradas y al de mercado en las sociedades abiertas.

La novedad consiste en que la ley vigente regula las causas que determinan el retiro y la obligación de la sociedad de comprarle las acciones al accionista disidente, porque el derecho de marginarse siempre había existido, sin la regulación apropiada.

Al accionista disidente se le pagan las acciones que tenía inscritas a su nombre en el Registro de Accionistas, a la fecha que determine su derecho a participar en la junta en que se adoptó el acuerdo al cual se opone o con el que disiente. El pago se hace sin recargo alguno dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la celebración de la junta en que se tomó el acuerdo que motivó el retiro. Si no se paga dentro de ese plazo, se debe expresar en unidades de fomento y devenga intereses corrientes de operaciones reajustables a contar del vencimiento de ese plazo.

Se considera como accionista disidente aquel que en la respectiva junta se hubiere opuesto al acuerdo que da derecho a retiro, o que, no habiendo concurrido a la junta, manifieste su disidencia por escrito a la fecha de la junta.

*Acuerdos que dan origen al derecho de retiro.* Se trata de decisiones de la Junta de Accionistas y no de acuerdos del directorio. Los acuerdos relativos a las siguientes materias permiten ejercer el derecho de retiro:

- 1) La transferencia de la sociedad;
- 2) La fusión de la sociedad;
- 3) La enajenación del activo y pasivo de la sociedad o del total de su activo;
- 4) La creación de preferencias para una serie de acciones, o el aumento o disminución de las preferencias ya existentes, pero en este caso el derecho a retiro corresponderá únicamente a los accionistas disidentes de la o de las series afectadas; y
- 5) Los demás casos que establezcan los estatutos.

Como puede apreciarse el legislador ha establecido como causas que autorizan disentir y retirarse de la sociedad, situaciones que implican cambios profundos en la gestión social, que alteran aspectos fundamentales del pacto social o la relación del accionista con la compañía. Sólo en estos casos se justifica que el asociado pueda desvincularse de la entidad.

*El ejercicio del derecho de retiro.* Este derecho debe ejercerse dentro del plazo fatal de 30 días corridos desde la fecha de la junta que aprobó el acuerdo que lo motiva.

En todo caso el directorio puede convocar a una nueva junta, que deberá celebrarse a más tardar dentro de los 30 días siguientes al fin del plazo del ejercicio, para que reconsidere o ratifique los acuerdos que motivaron el ejercicio del derecho a retiro. Si esos acuerdos se revocan, caducará el derecho de retiro respectivo.

## *Sección II. El funcionamiento de la sociedad anónima.*

*Organos de funcionamiento.* Tradicionalmente se ha considerado que la sociedad anónima está dotada de tres categorías de órganos que aseguran su funcionamiento:

- Los órganos de administración o gestión;
- Los órganos deliberantes o asambleas generales; y
- Los órganos de control.

Nos referiremos a las normas de la Ley N° 18.046 que reglamentan aspectos relevantes del funcionamiento de la sociedad anónima.

En términos generales puede decirse que la nueva ley introduce algunos cambios como las reglas de protección de las minorías, derecho a retiro de los accionistas disidentes, la limitación del control externo que ejercía la Superintendencia sobre todas las sociedades anónimas desde su nacimiento hasta la liquidación, que ahora se hará efectiva sobre las sociedades anónimas abiertas, que son las menos, pero las más importantes del país, algunos progresos en el sistema de fiscalización interna o control delegado, complementados por el Decreto Ley N° 3.538 que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, que incrementa sus facultades inspeccionativas. Para cautelar los intereses de los accionistas y de terceros se establece, como sistema general, la responsabilidad solidaria de los directores y del gerente, por los perjuicios que causaren por su administración dolosa o culpable.

La Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas en actual vigencia refuerza el control por la vía de la responsabilidad pecuniaria personal. Aún no pueden apreciarse los resultados que esta innovación va a originar, los que estarán en relación directa con la mayor o menor severidad de las sentencias que en el futuro se pronuncien respecto de las acciones destinadas a hacerla efectiva. En cualquier caso vale la pena destacar que el derecho chileno, en cierta medida, se actualiza concordando con la

tendencia del derecho contemporáneo de sociedades de sancionar drásticamente a quienes tienen la responsabilidad de administrar negocios sociales. En Francia existe un verdadero derecho penal de sociedades comerciales, porque la ley de 1966 fue creando las figuras tipo, las acciones, los procedimientos para hacerlas efectivas y las sanciones. Es más, en los últimos tiempos se desarrolla el derecho penal de los negocios, con un ámbito más extenso. Es precisamente este tipo de normas las que se echan de menos en nuestro país, de ahí que nos parezca significativo el leve progreso que en este campo representa la Ley N° 18.046.

Por otra parte, es interesante poner en relieve que la ley de sociedades anónimas implica asimismo un avance en cuanto a la naturaleza de la relación entre la sociedad anónima y sus administradores. En efecto, a diferencia de lo que ocurría en los artículos 424, 457 y 458 del Código de Comercio en que se calificaba de "mandatarios" de la sociedad a los directores, la ley vigente se inclina por la noción de "órgano", carácter que tiene, a nuestro juicio, el directorio, dotado de poderes de representación propios, que actúa colegiadamente. El art. 1° y el art. 31 de la ley, que definen y señalan el modo de administración de la sociedad anónima, respectivamente, no contienen en parte alguna el término "mandatarios".

Asimismo, el art. 38 de la ley en vigencia impide la revocación individual de los directores, lo que ahora sólo puede hacerse respecto de todos ellos, en conjunto. Bajo la vigencia del D.F.L. N° 251 de 1931 y antes de la promulgación de la Ley N° 17.308 de 1970, la Superintendencia había precisado que el alcance del principio de la revocabilidad del mandato de los administradores o directores es de orden público, no puede renunciarse por la parte del contrato<sup>9</sup>. Como puede apreciarse, el legislador ha ido siguiendo algunos criterios de interpretación que había fijado la autoridad de control, que ahora han plasmado en el texto mismo de la ley.

Como lo hemos venido sosteniendo anteriormente<sup>10</sup>, la idea de los "poderes legales" del directorio como órgano de la sociedad anónima resulta establecida en el texto de la Ley N° 18.046. En efecto, según el art. 40 el directorio no necesita disponer de un mandato que especifique el ámbito y detalle de sus atribuciones y facultades, por cuanto 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 o contratos respecto de los cuales las leyes exigen esta circunstancia. Aquí se advierte claramente que el legislador ha seguido el modelo y la experiencia del derecho francés de sociedades comerciales de la Ley N° 66-537 de 24 de julio de 1966 y sus posteriores modificaciones que, respecto de todas las formas societarias que reglamenta, establece que sea para los gerentes, consejo de administración, directorio, etc., la idea de poderes legales que les permiten actuar en todo caso en represen-

<sup>9</sup>Oficio N° 485 de 15.08.1935.

<sup>10</sup>Sandoval Ricardo, "Les caracteres fondamentaux du fonctionnement de la société anonyme en droit chilien", *Revue et Journal des Sociétés*, Paris, Francia N° 1- 1976; "Grundzüge des Funktionsstatus von Aktiengesellschaften des chilenischen Rechts" in *Vergleichende Rechtswissenschaft*, Heidelberg, República Federal Alemana, N° 1 marzo de 1979.

tación de la sociedad, dentro de los límites del objeto social, sin que tengan valor las limitaciones contractuales en este sentido respecto de terceros. Se protege así la apariencia y se logra que los actos jurídicos de las personas morales produzcan efectos, porque precisamente se celebran para ello y se impiden que se vean expuestos a nulidad o inoponibilidad. Claro está que el derecho chileno no llega a este avance todavía, pero es significativo que se vaya acentuando cada vez más que el directorio es un órgano social y que actúa con poderes legales, en los límites del objeto social. Sin embargo la pluralidad de objeto parece desfavorecer este progreso, pero ello es sólo aparente, por cuanto ya dijimos que el objeto múltiple de la sociedad anónima, ahora admitido, no debe confundirse con objeto determinado. La determinación del objeto es fundamental para la actuación del órgano de gestión dentro de sus límites.

Puede decirse que en virtud de las modificaciones introducidas por la actual Ley N° 18.046, el directorio actúa colegiadamente, en sala legalmente constituida, lo que significa que debe ser convocado bajo determinadas condiciones y que sus acuerdos deben tomarse según ciertas mayorías previstas por la ley o en los estatutos. La voluntad social radica en el órgano y se forma con los mecanismos de quórum y mayoría previstos para su funcionamiento.

Si nos inclinamos por la posición de que los miembros del directorio no son mandatarios y que la voluntad social se genera en el órgano, no son aplicables las normas de los artículos 395 y siguientes del Código de Comercio, cuando los estatutos (fuente del mandato) no determinan sus poderes. Siguiendo la idea del mandato, los administradores de las sociedades sólo pueden ejecutar válidamente los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad o que sean necesarios o conducentes a la consecución de los fines propuestos (arts. 387 y 397 del C. de C.), en virtud del llamado principio de la especialidad. Esto implica asimismo distinguir entre actos de administración y actos de disposición y, para cada caso, examinar los estatutos, con el fin de determinar si tal o cual acto o contrato que no aparece expresamente señalado entre las facultades, está dentro del objeto social, comprendido en el giro ordinario, para saber si la sociedad resulta obligada. Creemos que ya es innecesaria esta preocupación porque el directorio como órgano tiene poderes legales propios, aun cuando no contamos con el valioso antecedente de la historia fidedigna del establecimiento de la ley para enriquecer nuestra posición.

La Ley N° 18.046 no innova en cuanto a la existencia de un directorio provisorio y de un directorio definitivo, la forma como se elige este último por el órgano deliberante, Asamblea de Accionistas. Sin embargo, el art. 66 consagra legislativamente la posibilidad de omitir la votación y elegir al directorio por aclamación, con el acuerdo unánime de todos los accionistas presentes en la junta. La autoridad de control se había pronunciado a favor de esta posibilidad, lo que nosotros destacamos como una curiosidad del derecho chileno de sociedades anónimas antes de la promulgación de la ley ahora vigente.<sup>11</sup>

<sup>11</sup>Sandoval L., Ricardo, "Le fonctionnement de la société anonyme au Chili". Thèse de Doctorat en Droit Privé. Université des Sciences Sociales Grenoble II, U. E. R. Faculté de Droit. Francia. 1974.

Si por cualquier causa no se celebrare en la época estipulada la reunión de la Junta de Accionistas llamada a hacer la elección de los miembros del directorio, se entenderán prorrogadas las funciones de los que hubieren cumplido su período hasta que se les nombre reemplazante, y el directorio está obligado a convocar, dentro del plazo de 30 días, a una asamblea para hacer el nombramiento (art. 34).

No hay inconveniente, según el texto vigente, para que los estatutos de una sociedad anónima contemplen la existencia de directores suplentes de cada titular específicamente, los que reemplazarán a cada cual transitoriamente en caso de ausencia o impedimento temporal y definitivamente, en caso de vacancia. Los suplentes tienen siempre derecho a asistir a las sesiones del directorio con derecho a voz, pero sólo tienen derecho a voto cuando reemplazan al titular respectivo.

Cuando se produce vacancia en el puesto de un director titular y en el de suplente, en su caso, debe procederse a la renovación total del directorio en la próxima Junta Ordinaria de Accionistas que deba celebrarse por la sociedad y en el intertanto, el directorio podrá nombrar a un reemplazante (art. 32 inc. final).

Corresponde estipular en los estatutos si los directores serán o no remunerados por sus funciones y en caso de serlo, la cuantía de las remuneraciones será fijada anualmente por la Junta Ordinaria de Accionistas. En ese sentido cambia la orientación seguida por la legislación con respecto a las normas previstas por la Ley N° 17.308 de 1970 que fijaban límites a las remuneraciones y las hacían proporcionales a los beneficios obtenidos en el ejercicio y proporcionales a los dividendos efectivamente repartidos.

Las reglas del artículo 102 del D.F.L. N° 251 en su texto fijado por la Ley N° 17.308 de 1970, hoy derogadas, traducían el propósito del legislador de aquella época de democratizar la sociedad anónima para rescatar la confianza del público y en particular del pequeño ahorrante en ella, protegiendo de esta suerte el derecho fundamental de todo asociado de participar en la distribución de dividendos. En la medida en que se limita o reglamenta las remuneraciones de los miembros del órgano de gestión, se cautela que una parte de las utilidades sea repartida como dividendo. La libertad restablecida en este dominio puede ocasionar situaciones de abuso que hagan ilusorio el derecho del accionista a las utilidades sociales.

En la memoria anual que las sociedades anónimas abiertas someten a la aprobación de la Asamblea de Accionistas, deberá constar toda remuneración que los directores hayan percibido de la sociedad durante el ejercicio respectivo, incluso las que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Estas remuneraciones especiales deberán presentarse detallada y separadamente en la memoria, avaluándose aquellas que no consistan en dinero.

Por otra parte, la Ley N° 18.046 establece un sistema de inhabilidades para ser director de toda sociedad anónima y causales especiales aplicables sólo para los directores de sociedades anónimas abiertas. En ningún caso exige la ley que los miembros del directorio sean accionistas,

ni que detenten una determinada cantidad o porcentaje mínimo de acciones, sin perjuicio de que el estatuto de las sociedades anónimas cerradas pueda contener alguna disposición en sentido contrario. La nueva ley reitera que la verdadera sociedad de capitales es administrada, generalmente, por terceros designados por su calificación profesional, distinguiéndose así entre la gestión social y la propiedad de la empresa. No ocurre lo mismo en las sociedades anónimas cerradas, en las cuales, como hemos dicho, perdura un "aspecto personal o familiar", de ahí que sus estatutos puedan contener estipulaciones destinadas a preservar la propiedad y la administración en unas mismas manos.

Se mantiene, con algunas variantes propias de la evolución política que ha sufrido el país en los últimos tiempos, el régimen de incompatibilidades entre el cargo de director de sociedad anónima y algunas funciones públicas. Este rasgo original lo había introducido la Ley N° 17.308 de 1970 en el derecho chileno aplicable a este tipo societario.

*Inhabilidades generales.* De conformidad con lo previsto por el artículo 35, no pueden ser directores de una sociedad anónima las siguientes personas:

- 1) Los menores de 21 años. Se trata más bien de un requisito para hacerse cargo de esta función;
- 2) Las personas afectadas por la revocación a que se refiere el art. 77. Se trata de los directores a los que la Junta de Accionistas ha rechazado en dos ocasiones seguidas el balance presentado. Cuando se desecha por segunda vez el balance presentado por la asamblea, el directorio se entiende automáticamente revocado y los directores que hubieren aprobado el balance que motivó su revocación quedarán inhabilitados para ser reelegidos por el período completo siguiente;
- 3) Los encargados reos o condenados por delito que merezca pena aflictiva o de inhabilitación perpetua para desempeñar cargos u oficios públicos;
- 4) Los fallidos o los administradores o representantes legales de personas fallidas, encargadas reos o condenados por delito de quiebra culpable o fraudulenta y demás establecidos en los arts. 232 y 233 de la Ley de Quiebras. Estas últimas normas se refieren a la responsabilidad penal de gerentes, directores o administradores de sociedades anónimas o de sociedades de responsabilidad limitada declaradas en quiebra y los factores o representantes del fallido, en ciertos casos. Tales inhabilidades cesan desde que el reo es sobreseído o absuelto; y
- 5) Los funcionarios fiscales, semifiscales, de empresas u organismos del Estado y de empresas de administración autónoma en las que el Estado efectúe aporte o tenga representantes en su administración, en relación a las entidades sobre las cuales dichos funcionarios ejercen, directamente y de acuerdo con la ley, funciones de fiscalización y control. Las personas que adquieren esas calidades funcionarias cesan automáticamente en el cargo de director de una entidad fiscalizada

o controlada. Así, por ejemplo, no puede ser director de la Compañía General de Electricidad S. A. un funcionario de la Dirección General de Servicios Eléctricos y Gas.

*Inhabilidades especiales.* Tratándose de sociedades anónimas abiertas, además de las personas ya indicadas (art. 35) no pueden ser directores de ellas ni de sus filiales:

- 1) Los senadores y diputados;
- 2) Los ministros y subsecretarios de Estado, jefes de servicios y el directivo superior inmediato que deba subrogar a cada uno de ellos, con excepción de los cargos de directores de las sociedades anónimas abiertas en las que el Estado, según la ley, deba tener representantes en su administración, o sea accionista mayoritario, directa o indirectamente a través de organismos de administración autónoma, empresas fiscales, semifiscales, administración autónoma, o aquellas en que el Estado sea accionista mayoritario;
- 3) Los funcionarios de la Superintendencia de Valores y Seguros; y
- 4) Los corredores de Bolsa y los agentes de Valores, salvo en las Bolsas de Valores.

*Poderes del directorio.* Hemos anticipado que en este sentido la Ley N° 18.046 representa un avance con respecto a la legislación anterior, en la que no existían poderes reconocidos por la ley al directorio, sino que, por la aplicación de las normas del mandato comercial, era necesario estudiar el contenido de su mandato y, en subsidio, recurrir al principio de la especialidad, contenido en el art. 387 del Código de Comercio. En la actualidad la ley señala que el directorio está investido de las siguientes facultades para cumplir su misión:

- El directorio representa judicial y extrajudicialmente a la sociedad anónima, sin perjuicio de la representación judicial que tiene el gerente, que es consecuente con las reglas del Código de Procedimiento Civil;
- Para el cumplimiento del objeto social, lo que no es necesario acreditar a terceros (evitando así una prueba difícil y una discusión acerca de si el acto o contrato se realiza o no para cumplir el objeto social), el directorio está investido de todas las facultades de administración y de 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, incluso aquellos actos y contratos respecto de los cuales se exija ese poder especial (por ej., para vender e hipotecar los inmuebles sociales, para alterar su forma, transigir o comprometer los negocios sociales).

La importancia de la nueva orientación del derecho de sociedades anónimas radica en reforzar la posición jurídica de los terceros que contraten con la sociedad, representada por el directorio, evitándose prueba o discusión sobre el ámbito de las facultades del órgano social. Así, junto con proteger la buena fe, la apariencia jurídica que cada vez tiene mayor

aplicación en el Derecho Comercial, se cautela el interés de los terceros, principalmente de los acreedores sociales, quienes tendrán mayor confianza en contratar con la sociedad anónima.

*Diligencia de los directores.* Sin perjuicio de un estudio más detallado del régimen de responsabilidad de los directores de la sociedad anónima, que haremos más adelante, interesa por ahora destacar algunas normas legales que en este sentido constituyen innovación respecto del derecho anteriormente vigente.

La Ley N° 18.046 dispone en su art. 41 que los directores deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y la diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, respondiendo por ende de la culpa leve, grave y dolo, y en forma solidaria de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables. La ley declara nula absolutamente toda norma estatutaria o acuerdo de la Junta de Accionistas que tienda a liberar o a limitar la responsabilidad de los directores, en todo tipo de sociedad anónima.

La aprobación por la Junta de Accionistas de la memoria y balance o a cualquier otra cuenta general presentada por el directorio, no libera a los directores de su responsabilidad por actos o negocios determinados, ni la aprobación específica de éstos los exonera de esa responsabilidad si se ejecutaron dolosa o culpablemente.

La fórmula que ahora emplea la ley de sociedades anónimas significa un avance por sobre el sistema aplicable anteriormente, según el cual los directores eran responsables de la ejecución de su mandato, sin precisar causas, acciones ni procedimientos para hacer efectiva esa responsabilidad. Se recurría, como en muchos otros casos, a las fórmulas generales de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.

El art. 43 de la ley que comentamos se refiere a la obligación que pesa sobre los directores de guardar reserva acerca de los negocios sociales, salvo cuando con ello se lesione el interés social o exista infracción de los estatutos o de la legislación aplicable o sus normas complementarias.

*Prohibiciones de los directores.* Así como en el Código de Comercio se establece prohibiciones a los socios de sociedades colectivas (art. 404), la Ley N° 18.046 contempla asimismo un conjunto de actos que están vedados para los directores de sociedades anónimas. Según el art. 42 de este cuerpo legal, son los siguientes:

- Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisión de valores mobiliarios, o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados;
- Impedir u obstaculizar las investigaciones destinadas a establecer su propia responsabilidad o la de los ejecutivos en la gestión de la empresa;
- Inducir a los gerentes, ejecutivos y dependientes o a los inspectores de cuentas o auditores, a rendir cuentas irregulares, presentar informaciones falsas y ocultar información;

- Presentar a los accionistas cuentas irregulares, informaciones falsas y ocultarles informaciones esenciales. Aquí no se trata sólo de inducir a ejecutar los determinados actos reprochables sino de ejecutarlos ellos mismos;
- Tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en su provecho propio, de sus parientes, representados o sociedades con las cuales esté vinculado (según art. 44, inc. 2º), los bienes, servicios o créditos de la sociedad, sin previa autorización del directorio;
- Usar en beneficio propio o de terceros con quien esté relacionado, con perjuicio de la sociedad, las oportunidades comerciales de las que tuvieren conocimiento en razón de su cargo. En este caso la prohibición necesita para ser sancionada el perjuicio real y efectivo para la sociedad;
- 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 los terceros relacionados en perjuicio de los intereses sociales.

Es interesante destacar que el legislador no sólo se conformó con establecer estas prohibiciones que, en el fondo, cautelan el deber de lealtad, sino que también consagró expresamente las sanciones para el caso de que no fueren respetadas. Las sanciones son las siguientes:

- a) Si se percibieren beneficios a causa o con ocasión de actuaciones contrarias a las últimas tres prohibiciones enumeradas en el art. 42, ellos pertenecerán a la sociedad;
- b) La sociedad, en esos casos, deberá ser indemnizada de todo otro perjuicio;
- c) La Superintendencia puede aplicar sanciones respecto de la infracción de las prohibiciones en las sociedades anónimas abiertas;
- d) La violación de las prohibiciones puede dar lugar a las responsabilidades señaladas en los artículos 41 y 133 de la ley en vigencia, según sea el caso.

El artículo 44 de la ley de sociedades anónimas trata el problema del interés de un director en una operación de la sociedad, que se relaciona tradicionalmente con el tema general de la autocontratación. El principio que impera es que los actos entre la sociedad y sus directores están prohibidos y sólo pueden celebrarse en ciertos casos excepcionales y bajo determinadas condiciones, a saber:

- a) Que las operaciones sean conocidas y aprobadas por el directorio;
- b) Que ellas se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado;
- c) Que los acuerdos que tome el directorio al respecto sean dados a conocer en la próxima asamblea de accionistas, indicándose la materia en la citación.

Las mismas restricciones rigen para actos y contratos entre un director de la sociedad matriz y las sociedades filiales, debiendo informarse de esos negocios a la Junta de Accionistas de ambas sociedades.

Con el propósito de evitar dificultades de prueba que podrían desvirtuar el principio estudiado, se establece una presunción de derecho, de que hay interés en todo acto, acuerdo u operación en que deba intervenir el director mismo, su cónyuge, o sus parientes, afines y consanguíneos hasta el segundo grado (vertical o colateral), o sociedades o empresas en las que el director sea a su vez director o dueño a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital.

En el artículo 44, inc. 3º, se indican los casos en que no se entiende que un director actúa por otros, como ocurre con los directores de las sociedades filiales nombrados por la sociedad matriz, y con los representantes del Estado o sus empresas u organismos, en ciertas sociedades especiales.

Cuando no obstante existir interés de un director en la operación se ejecuta o celebra el acto o contrato, éste no es nulo sino que origina las siguientes consecuencias:

- Sanciones administrativas en el caso de sociedad anónima abierta;
- Sanciones penales según la ley común;
- Sociedades, accionistas y terceros interesados pueden exigir indemnización de perjuicios;
- Sociedades, accionistas o terceros interesados pueden exigir reembolso a la sociedad por el director interesado, de una suma equivalente a los beneficios que a él, a sus parientes o a sus representados les hubieren reportado dichas negociaciones.

Conviene asimismo destacar que el artículo 45 de la ley de sociedades anónimas establece presunciones de culpabilidad de los directores, de las cuales surge su responsabilidad solidaria de los perjuicios causados a la sociedad, sus accionistas o a terceros, en los siguientes casos:

- a) Si la sociedad no llevare sus libros o registros;
- b) Si se repartieren dividendos provisorios sin cumplir los requisitos del art. 79, inc. final;
- c) Si la sociedad ocultare sus bienes, reconociere deudas supuestas o similares enajenaciones;
- d) Se presume la culpabilidad del o los directores que se beneficien en forma indebida, directamente o a través de otra persona natural o jurídica de un negocio social que, a su vez, irroque perjuicio a la sociedad.

Respecto del funcionamiento del directorio, convocatoria, quórum para reunirse, mayoría para tomar decisiones, etc., la Ley N° 18.046 no presenta innovaciones que merezca la pena señalar, manteniéndose aún vigentes algunas reglas del Reglamento N° 4.705 de 1946 mientras no se dicte el reglamento de esta nueva ley.

*Responsabilidad de los directores.* Hemos señalado en otros estudios la falta de un régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales, que contenga claramente causales, acciones, procedimientos y sanciones. La ley sobre sociedades anónimas N° 18.046 de 1981

contribuye a aminorar los efectos de la falta de una reglamentación completa en la materia, toda vez que contempla una serie de situaciones que hacen incurrir en responsabilidad de los directores y las sanciones que les son aplicables.

La falta de diligencia en la administración social en grado de culpa leve, culpa grave o dolo origina, como viéramos, la responsabilidad de los directores (art. 41), y el artículo 45 consagra, por su parte, presunciones de responsabilidad. Asimismo, hemos tenido ocasión de referirnos a la responsabilidad a propósito del comentario de los artículos 7 inc. final; 15 inc. 3º; 44 inc. final; 46 inc. 2º; 54 inc. final; 59 inc. final; 79 inc. final; 89 inc. 1º; 93 inc. 1º; 102, 106 y 108 inc. final, en su caso. Estas disposiciones legales establecen responsabilidades del directorio, responsabilidades solidarias de los directores y responsabilidad de éstos solidaria con el o los gerentes de la compañía.

Sin embargo, parece ser que las reglas generales sobre responsabilidad se encuentran en la disposición del art. 133 de la ley de sociedades anónimas. En efecto, según dicho precepto, la persona que infrinja esta ley, su reglamento o en su caso, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios. Esta responsabilidad afecta a cualquiera y no en especial a los directores, de ahí que pensamos que constituye una regla general. Además, dicha responsabilidad es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan.

Queda establecido, asimismo, que por las personas jurídicas responden además civil, administrativa y personalmente sus administradores o representantes legales, a menos que constare su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción. Así se clarifica en quienes recae la responsabilidad.

Los directores, gerentes y liquidadores que resultaren responsables, según la norma del art. 133, lo serán solidariamente entre sí y con la sociedad que administren, de todas las indemnizaciones y demás sanciones civiles o pecuniarias derivadas de la aplicación de la misma.

Aun cuando estamos muy lejos de establecer un verdadero derecho penal de sociedades o en general de un derecho de los negocios, no podemos dejar de reconocer que la ley de sociedades anónimas se ha preocupado de reforzar el régimen de responsabilidad de los directores, gerentes y liquidadores de las mismas. No puede ser de otra forma si pensamos que gracias a la clasificación en sociedades abiertas y cerradas, éstas últimas, es decir, las más, quedan libres de toda fiscalización de la Superintendencia. El régimen de responsabilidad acentuado en ninguna forma va a suplir la falta de un control por la autoridad administrativa.

*Los órganos deliberantes.* Los órganos deliberantes son las asambleas de accionistas o juntas como se les denomina más frecuentemente en nuestro medio. Son órganos esenciales de la estructura de la sociedad anónima, de funcionamiento no permanente, con facultades de decisión indelegables y que se reúnen en la forma y época fijada por la ley o por los estatutos, para tratar las materias que son de la esfera de su competencia.

Los órganos deliberantes se clasifican en asambleas ordinarias y extraordinarias, siendo las materias sobre las cuales deciden su rasgo dis-

tinto más que la época en que se reúnen. Las juntas ordinarias se celebran una vez al año, en las épocas fijas indicadas en los estatutos, para decidir las materias propias de su competencia sin que haya que señalarlas en la citación. Las asambleas extraordinarias pueden celebrarse en cualquier tiempo, cuando así lo exijan las necesidades sociales, para decidir respecto de cualquier materia que la ley o los estatutos entreguen al conocimiento de las juntas de accionistas y siempre que tales materias se señalen en la citación correspondiente. Cuando la junta extraordinaria debe pronunciarse sobre materias de una junta ordinaria, se somete a reglas de funcionamiento de ésta.

La asamblea o junta extraordinaria tiene una competencia más amplia que la ordinaria, ya que puede decidir sobre materias que son propias del conocimiento de esta última y respecto de aquellas que privativamente la ley entrega a su decisión.

*Competencia de la junta ordinaria.* De conformidad con lo previsto por el art. 56 de la ley de sociedades anónimas, decide sobre las siguientes materias:

- 1) El examen de la situación de la sociedad y de los informes de los inspectores de cuentas y auditores externos y la aprobación o rechazo a la memoria, del balance, de los estatutos y demostraciones financieras presentadas por los administradores o liquidadores de la sociedad;
- 2) La distribución de las utilidades de cada ejercicio y, en especial, el reparto de dividendo;
- 3) La elección o revocación de los miembros del directorio (suplentes y titulares), de los liquidadores y de los fiscalizadores de la administración; y
- 4) En general, cualquier materia de interés social que no sea propia de una junta extraordinaria.

La Ley N° 18.046 detalla en forma más apropiada la competencia de la junta ordinaria.

*Competencia de la junta extraordinaria.* Ella delibera y decide sobre:

- 1) La disolución de la sociedad;
- 2) La transformación, fusión o división de la sociedad y la reforma de sus estatutos;
- 3) La emisión de bonos o debentures convertibles en acciones;
- 4) La enajenación del activo fijo y pasivo de la sociedad o del total del activo;
- 5) El otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros, excepto si éstos fueren sociedades filiales, en cuyo caso la aprobación del directorio será suficiente; y
- 6) Las demás materias que por ley o por los estatutos correspondan a su conocimiento o a la competencia de la Junta de Accionistas.

Las materias señaladas en los números 1, 2, 3, y 4 sólo pueden decidirse en junta celebrada ante notario, quien certifica que el acta es expresión fiel de lo ocurrido y acordado en la reunión.

**Convocatoria a juntas de accionistas.** Es el directorio, como órgano encargado de la administración social, el que tiene que convocar la reunión de las asambleas o juntas de accionistas. Debe citarlas en los siguientes casos:

- a) La Junta General Ordinaria de Accionistas, que debe efectuarse dentro del cuatrimestre siguiente a la fecha del balance, con el propósito de pronunciarse sobre los resultados del ejercicio;
- b) A la Junta Extraordinaria de Accionistas siempre, a su juicio, lo justifiquen los intereses de la sociedad;
- c) A junta ordinaria o extraordinaria, según el caso, cuando así lo soliciten accionistas que representen, a lo menos, el 10% de las acciones emitidas con derecho a voto, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la asamblea; y
- d) A la junta ordinaria o extraordinaria, según el caso, cuando así lo requiera la Superintendencia de Valores y Seguros, con respecto de las sociedades sometidas a su fiscalización, sin perjuicio de su facultad de convocarlas directamente.

Las asambleas de accionistas convocadas a requerimiento de los asociados o de la Superintendencia deben celebrarse dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la respectiva solicitud o requerimiento.

**Citación.** La citación a Junta de Accionistas se hace por medio de un aviso destacado que se publica, a lo menos, por 3 veces en días distintos en el periodo del domicilio social señalado por la junta, o en ciertos casos en el Diario Oficial (art. 59, inc. 1º). En cuanto a la oportunidad de hacer estas publicaciones, ante el silencio de la ley vigente, rige el art. 22 del Reglamento N° 4.705 de 1946, en virtud del art. 3º transitorio de la misma.

Tratándose de sociedades anónimas abiertas, debe enviarse una citación por correo a cada accionista con una anticipación mínima de 15 días a la fecha de la celebración de la junta, la que deberá contener una referencia a las materias a tratar en ella (art. 59, inc. 2º). En este mismo tipo de sociedades debe también comunicarse a la Superintendencia la realización de la asamblea con una anticipación mínima de 15 días (art. 63, inc. 1º). Por último, en fecha no posterior al primer aviso de citación a una Junta Ordinaria de Accionistas de una sociedad anónima abierta, debe enviarse a cada uno de los asociados una copia del balance y de la memoria incluyendo el dictamen de los auditores externos y sus notas respectivas. En caso de ser numerosos los accionistas, la autoridad de control puede facultar el envío limitado de estos antecedentes a los accionistas que lo soliciten o a los que posean un mínimo determinado de acciones. En las sociedades anónimas cerradas este envío se hace sólo a los accionistas que lo soliciten (art. 75, inc. 1º, 2º y 3º).

No menos de 10 ni más de 20 días antes de la reunión de la Junta de Accionistas, las sociedades anónimas abiertas deben publicar las informaciones que determine la Superintendencia sobre sus balances generales y estado de ganancias y pérdidas editadas en un diario de amplia circulación del domicilio social (art. 76, inc. 1º). Esta norma refleja el propósito

de velar por la oportuna, completa y veraz información acerca de los principales aspectos del ejercicio contable, que interesan no sólo a los accionistas sino al público en general. Estos mismos documentos deben presentar, las sociedades sometidas a su fiscalización, a la Superintendencia.

*Funcionamiento de las asambleas.* En primera citación las juntas se constituyen con la mayoría absoluta de las acciones emitidas con derecho a voto, salvo que la ley o el estatuto establezcan mayorías superiores. En segunda citación con las acciones que se encuentren presentes o representadas, cualquiera que sea su número, salvo que el estatuto o la ley requieran mayoría superior (art. 61).

Los acuerdos en las asambleas se adoptan con las siguientes mayorías:

- a) Por regla general las decisiones se toman por la mayoría absoluta de las acciones presentes o representadas con derecho a voto (art. 61, inc. 1°).
- b) En las juntas extraordinarias, los acuerdos relativos a reforma de estatutos deben ser adoptados por las mayorías que éstos determinen, la que no puede ser inferior a la mayoría absoluta de las acciones emitidas con derecho a voto, en las sociedades anónimas cerradas (art. 67, inc. 1°);
- c) En las asambleas ordinarias o extraordinarias, en su caso, se requiere del voto conforme de las 2/3 partes de las acciones emitidas con derecho a voto para tomar acuerdos en las siguientes materias:
  - 1) La transformación de la sociedad, la división de la misma y su fusión con otra sociedad;
  - 2) La modificación del plazo de duración de la sociedad, cuando lo hubiere;
  - 3) La disolución anticipada de la sociedad;
  - 4) El cambio de domicilio social;
  - 5) La disminución del capital social;
  - 6) La aprobación de aportes y estimación de bienes no consistentes en dinero;
  - 7) La modificación de las facultades reservadas a la Junta de Accionistas o de las limitaciones a las atribuciones del directorio;
  - 8) La disminución del número de miembros de su directorio;
  - 9) La enajenación del activo y pasivo de la sociedad o del total de su activo;
  - 10) La forma de distribuir los beneficios sociales; y
  - 11) Las demás que señalen los estatutos.
- d) En las juntas extraordinarias para tratar reformas de estatutos que tengan por objeto la creación, modificación o supresión de preferencias, los acuerdos requerirán el voto conforme de las 2/3 partes de las acciones de la serie o series afectadas (art. 67, inc. final).

*Segunda citación a juntas.* En el artículo 61 inciso final de la ley de sociedades anónimas el legislador ha dejado en claro que la segunda citación sólo procede cuando hubiere fracasado la primera convocatoria. La nueva reunión de la asamblea o segunda citación sólo puede celebrarse dentro de los 45 días siguientes a la fecha fijada para la junta no efectuada. La Superintendencia se había pronunciado a este respecto señalando que no podía citarse en un mismo día, con horas de diferencia, la Junta de Accionistas para el caso que fracasara la primera citación. Los avisos de convocatoria de la segunda citación sólo pueden publicarse una vez que haya fracasado la junta a efectuarse en primera citación.

*Modificación del balance.* Cuando la Junta de Accionistas modifica el Balance General y el Estado de Ganancias y Pérdidas, las modificaciones se enviarán a los accionistas dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la junta (art. 75, inc. final). Tratándose de sociedades anónimas abiertas, dichas modificaciones deben además publicarse en el mismo diario de la publicación primitiva, en el mismo plazo de 15 días desde la fecha de la junta (art. 76, inc. 3°).

Cuando la junta rechaza el balance, debe citarse a una nueva para conocer otro balance que el directorio presente y ella deberá realizarse dentro de los 60 días desde la fecha de la primera junta (art. 77).

El legislador resuelve ahora expresamente el problema que se planteaba bajo la vigencia de la ley anterior que no contenía norma alguna sobre publicación de modificaciones al balance, aunque la autoridad de control, por lo general, exigía dicha publicación.

*Los órganos de control.* La noción de control en derecho de sociedades tiene, fundamentalmente, dos acepciones: *control - dominación*, que se refiere a quien ejerce el poder en la sociedad y que se vincula con la concentración de las empresas bajo los mecanismos de participaciones, sociedades filiales y coligadas; y *control - verificación*, que alude a la fiscalización de la regularidad de la gestión social<sup>12</sup>. Por ahora, comentaremos las innovaciones del derecho vigente respecto del control - fiscalización.

En el sentido recién expresado, controlar significa verificar si se ha ejecutado bien la política decidida por los órganos de gestión. Corresponde a los accionistas, en primer término, constatar si los órganos de gestión (directorio) y de dirección (presidente y gerente) han cumplido lo decidido y en qué forma. La gran mayoría de las legislaciones sobre la materia contemplan, sin embargo, como lo hace la ley chilena, que este control se delegue en personas cuya competencia e independencia garanticen la sinceridad en el cumplimiento de su misión. El control es entonces delegado en manos de inspectores de cuentas.

Paralelamente al control que ejercen los accionistas a través de sus delegados, el derecho chileno de sociedades anónimas, constituyendo una originalidad, que hemos destacado en otros estudios<sup>13</sup>, contempla la intervención de la Superintendencia como órgano de control externo, que hasta la época anterior a la publicación de la Ley N° 18.046 fisca-

<sup>12</sup>BERR, Claude-J. "La place de la notion de controle en droit des sociétés". Mélanges Daniel Bastian. Paris. 1972.

<sup>13</sup>Sandoval, Ricardo. "Les caracteres fondamentaux du fonctionnement de la société anonyme en droit chilien".

lizaba el funcionamiento de todas las sociedades anónimas chilenas, reforzando, de esta suerte, el control interno, lo que ahora seguirá haciendo sólo respecto de las sociedades anónimas abiertas.

La reforma introducida al derecho chileno de sociedades anónimas en virtud de la Ley N° 17.308 de 1° de julio de 1970, creó un sistema de control complementario en manos de auditores profesionales, que reemplazaban a los inspectores de cuentas, y cuya designación era obligatoria respecto de sociedades anónimas importantes e impuesta por la autoridad de control, frente al fracaso de la fiscalización ejercida por los delegados de los accionistas, quienes no tenían independencia alguna al ser elegidos por las mismas mayorías que designaban al directorio. El D.F.L. N° 251 en su texto fijado por la Ley N° 17.308 de 1970 y el Reglamento N° 4.705, sobre sociedades anónimas chilenas y extranjeras, establecían los requisitos que debían reunir estos auditores y la existencia de un registro que de ellos llevaba la autoridad administrativa.

En la Ley N° 18.046 de 1981, el sistema de control-fiscalización tiene un nuevo ajuste, por la distinción básica entre sociedades anónimas abiertas y cerradas.

En las sociedades anónimas cerradas, las juntas ordinarias de accionistas deben nombrar, cada año, 2 inspectores de cuentas titulares y 2 suplentes, o bien, auditores externos independientes. Corresponde a estos contralores: examinar la contabilidad, inventario, balance y otros estados financieros; informar por escrito a la próxima Junta Ordinaria de Accionistas del cumplimiento de su misión. Pueden, además, vigilar las operaciones sociales, fiscalizar las actuaciones de los administradores, velar por el fiel cumplimiento de éstos de sus deberes legales, reglamentarios y estatutarios. Se advierte que la ley en actual vigencia ha precisado con mayor claridad la misión de control que ejercen estos delegados de los accionistas, sus atribuciones y deberes.

En las sociedades anónimas abiertas, las asambleas ordinarias deben designar anualmente auditores externos independientes, con las mismas funciones fiscalizadoras que los inspectores de cuentas de las sociedades anónimas cerradas. Además de los auditores externos, en los estatutos de las sociedades anónimas abiertas puede estipularse la existencia, permanente o transitoria, de inspectores de cuentas, para conocer de las materias obligatorias y facultativas de su competencia.

Las sociedades anónimas abiertas están sujetas, asimismo, a la fiscalización de la Superintendencia, que la ejerce según las atribuciones fijadas por el Decreto Ley N° 3.538 de 23 de diciembre de 1980. Este texto legal contiene reglas destinadas a fiscalizar el cumplimiento de la misión de control por los auditores externos y sobre su responsabilidad.

Los inspectores de cuentas y auditores externos pueden recurrir a las juntas de accionistas con derecho a voz, pero sin derecho a voto. El reglamento que se dicte deberá determinar los requisitos, derechos, obligaciones, funciones y demás atribuciones de los inspectores de cuentas y auditores externos. Mientras éste no se dicte siguen vigentes, para las sociedades anónimas abiertas, las exigencias que el Reglamento N° 4.705 contiene sobre auditores externos.

*Responsabilidad de los contralores.* Es diferente según se trate de auditores externos o de inspectores de cuentas. Los auditores externos responden civilmente, hasta la culpa leve, por los perjuicios que causaren a los accionistas con ocasión de sus actuaciones, informes u omisiones (art. 53, inc. 2º). Tienen asimismo responsabilidad penal y en virtud de ella pueden ser condenados a las penas de presidio o relegación menor en sus grados medios a máximo y multa a beneficio fiscal de hasta 4.000 unidades de fomento, cuando con sus informes, declaraciones o certificaciones falsas o dolosas indujeren a error a los accionistas o a terceros que hayan contratado con la sociedad fundados en dichas declaraciones o informaciones falsas o dolosas (art. 134).

Merece destacarse este avance de la legislación de sociedades anónimas en orden a sancionar penalmente a los auditores externos para garantizar así la seriedad en el cumplimiento de su misión. Constituye un paso más hacia el establecimiento de un futuro derecho penal de sociedades o de los negocios.

Para los inspectores de cuentas no se señala expresamente su régimen de responsabilidad, pero, en términos generales, responden de acuerdo con el art. 133, en los casos de infracción de la ley, reglamentos e instrucciones de la Superintendencia.

### *Sección III. Terminación de la sociedad anónima.*

*La quiebra de la sociedad anónima.* En derecho concursal o de quiebras la cesación de pagos constituye un estado patrimonial crítico de impotencia de pagar, un atentado contra el bien jurídico protegido, el crédito, que es la causa de la declaratoria de quiebra. La cesación de pago es pues uno de los presupuestos de la quiebra.

No obstante lo que acabamos de señalar, el artículo 101 de la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, tanto en el caso de cesación de pagos, situación de hecho, como en el de declaratoria de quiebra, situación o estado de derecho que crea efectos permanentes, dispone que el directorio deberá citar a una Junta de Accionistas para dentro de los 30 días siguientes de acaecidos estos hechos, con el fin de informar ampliamente a los socios sobre la situación legal, económica y financiera de la sociedad.

Tratándose de una sociedad anónima abierta, si ella cesa en el pago de una o más obligaciones, el gerente o el directorio, en su ausencia, deberá enviar aviso a la Superintendencia al día siguiente hábil. Igual comunicación deberá enviarse si algún acreedor de la compañía solicitare la declaración en quiebra de ella. Asimismo, el tribunal que conociere de la petición de quiebra debe poner ese hecho, así como la declaratoria posterior, en conocimiento de la Superintendencia.

El art. 203 de la Ley de Quiebras sanciona a los gerentes, directores o administradores de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada declarada en quiebra, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, cuando en la dirección de los negocios sociales y en conocimiento de la situación de éstos hubieren ejecutado o autorizado

expresamente algunos actos u omisiones que constituyen presupuestos y presunciones de esos delitos. En su inciso 2º esta disposición consagra como delito especial el reparto de dividendos a sabiendas de que no correspondían a utilidades efectivas. De conformidad con lo previsto por el art. 102 de la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, se refuerza y se hace más expedita esa penalidad de las quiebras, al establecer que para los efectos del art. 203 de la Ley de Quiebras se presume el conocimiento de los directores, liquidadores y gerentes de las sociedades anónimas fallidas en los siguientes casos:

- a) Si la sociedad hubiere celebrado convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de los demás; y
- b) Si después de la cesación de pagos, la sociedad ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, anticipando o no el vencimiento de su crédito.

Como podemos apreciar no se establece expresamente que la quiebra sea una causa de terminación de la sociedad anónima, todo depende cómo esta tutela colectiva sigue adelante: si se alza por convenio solución, si se aplican las reglas del D.L. N° 1.509 de 9 de julio de 1976, sobre enajenación de unidades económicas en caso de quiebras y convenios judiciales, etc.

*Disolución de la sociedad anónima.* La Ley N° 18.046 aplicable en la materia ha innovado eliminando una causal de disolución forzada fundada en la pérdida de un porcentaje del capital social, establecida en el art. 464 del Código de Comercio. Pasaremos revista a las causales de disolución más importantes:

1) *Vencimiento del plazo de su duración.* A diferencia de lo que ocurría bajo el imperio de la legislación anterior, en la actualidad se permite la existencia de sociedades anónimas de tiempo indefinido. Cuando la sociedad tenga un plazo estipulado en los estatutos para su duración, ésta se extinguirá de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial o administrativa alguna.

2) *Reunión de todas las acciones en una sola persona.* Esta causal es consecuencia lógica de que en nuestro derecho aún perdura la noción contractual de la sociedad anónima, que en este sentido requiere de dos o más personas, tanto para su fundación como para su existencia. Cuando todas las acciones quedan en manos de un solo accionista, siguiendo esta concepción, la sociedad debe terminar. Algunas legislaciones aceptan derechamente la existencia de sociedades unipersonales (derecho alemán), en tanto que otras, producido el hecho que comentamos, dan un plazo para regularizar la situación y si no ocurre ello después de su vencimiento facultan para solicitar la disolución de la sociedad (derecho francés).

En nuestro derecho, tratándose de las sociedades anónimas abiertas, se requiere el visto bueno de la Superintendencia para inscribir la transferencia o transmisión de acciones que determine la disolución de la

compañía por esta causal (art. 107), autorización que se confiere una vez resguardados los derechos de los terceros que hubieren contratado con ella.

3) *Acuerdo de disolución anticipada.* Es materia de decisión de la Junta Extraordinaria de Accionistas, tomada por los 2/3 de las acciones emitidas con derecho a voto y celebrada ante notario. Bajo la vigencia de la legislación anterior se discutía si esta causal era procedente y si se requería de la unanimidad de las acciones emitidas en virtud de la aplicación supletoria del art. 2.054 del Código Civil.

Creemos que en la actualidad, de acuerdo con lo previsto por los arts. 137, 57 inc. 1º y 67 N° 3º, de la ley de sociedades anónimas, siempre es posible acordar la disolución anticipada de este tipo societario, sin necesidad de invocar causa prevista en los estatutos, por la mayoría ya señalada, en el seno de una asamblea extraordinaria de accionistas celebrada con las formalidades que establece el aludido texto legal.

4) *Revocación de la autorización de existencia.* Sólo queda limitada a aquellas sociedades anónimas que para su formación requieren de esta autorización administrativa, sea que estén reguladas por la Ley N° 18.046 o por leyes propias. En estos casos la autoridad de control podrá revocar la autorización de existencia por las causales que en esas leyes se indiquen y, en todo caso, por infracción grave de la ley, del reglamento o de las normas reglamentarias aplicables (art. 104).

5) *Por sentencia ejecutoriada.* Esta causal se aplica a las sociedades anónimas cerradas y otras no sometidas a fiscalización por sus leyes propias. Para que se produzca la disolución por esta causa se requiere que la solicite un accionista o accionistas que representen al menos un 20% del capital social, por estimar que existe causa grave para ello, tales como:

- Infracción grave de la ley, del reglamento o demás normas aplicables, que causare perjuicio a los accionistas o a la sociedad;
- Declaración de quiebra de la sociedad;
- Administración fraudulenta; y
- Otras causas de igual gravedad.

Se trata de una causal genérica y abierta, comparable con la disolución de las sociedades colectivas por "motivos graves". Se admite esta causal "motivos graves" en las sociedades de personas en las que el elemento "affectio societatis" es más importante, toda vez que los individuos se unen para compartir en un pie de igualdad las vicisitudes del negocio social y colaboran personalmente a la consecución de los fines sociales. No puede perderse de vista que en las sociedades de personas el motivo que determina la función de la sociedad, desde el punto de vista económico, es complementar la capacidad de trabajo. Resulta extraño que tratándose de la sociedad anónima el legislador haya establecido esta causal de disolución, cuyos hechos constitutivos, en cada caso, deben ser acreditados y apreciados por el juez para determinar su gravedad, en procedimiento sumario, con facultad de apreciar la prueba rendida en conciencia. Sin

embargo, podría justificarse la admisión de esta causal contraria a la naturaleza de la sociedad anónima, en la cual el elemento "affectio societatis" pasa prácticamente desapercibido, si se tiene en cuenta que se aplica solamente a las sociedades anónimas cerradas, las que, como hemos venido señalando, conservan algunas características "personales y familiares".

Por otra parte, dentro de los motivos que permiten solicitar la disolución de la sociedad anónima por esta causal, se enumera en el artículo 105 de la ley, la declaración en quiebra. Aun cuando esta norma no es de aplicación general, permite sostener que la quiebra, por sí sola, no produce la terminación de la sociedad anónima, por cuanto representa un motivo para solicitarla en virtud de esta causal, criterio que se reafirma con el art. 103 del mismo texto legal, que no menciona la quiebra entre las causas de disolución de este tipo societario. Sin embargo, no se advierte la finalidad práctica de solicitar la disolución de la sociedad anónima declarada en quiebra, por lo menos en cuanto a la liquidación de su patrimonio, ya que este último se realizará conforme a las normas de la ley concursal.

En fin, la causal que comentamos tiene el mérito de reforzar la posición de los accionistas minoritarios, quienes podrán hacerla efectiva, en resguardo de sus intereses, en las sociedades anónimas cerradas que escapan ahora al control de la Superintendencia de Valores y Seguros.

6) *Las demás causales contenidas en los estatutos.* Se trata de una innovación de la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas, que consagra causales de disolución genéricas estatutarias, abriendo camino a la autonomía de la voluntad para estipularlas, sobre todo en las sociedades anónimas cerradas. Por esta vía puede estipularse en el acto fundacional que la pérdida de un determinado porcentaje del capital social originará la disolución de la sociedad, como ocurría bajo el imperio de la legislación anterior, cautelando así los intereses de los terceros acreedores y de los accionistas inversionistas, en virtud del principio de la conservación del capital social.

*Formalidades de la disolución.* Ellas son diversas según la causal que haya motivado la disolución de la sociedad anónima:

1) Cuando la terminación se produce por la ocurrencia de las causales señaladas en el art. 103, números 1º, 2º ó 6º, el directorio deberá consignar estos hechos por escritura pública dentro del plazo de 30 días de producidos y un extracto de ella deberá inscribirse en el Registro de Comercio del domicilio social y publicarse por una sola vez en el Diario Oficial, todo ello dentro del plazo de 60 días contados desde la fecha de esa escritura (art.108).

2) Si la disolución se debe a las causales indicadas en el artículo 103, números 4º y 5º, el directorio deberá hacer efectuar una anotación al margen de la inscripción social en el Registro de Comercio y publicar por una sola vez un aviso en el Diario Oficial, informando de esta ocurrencia. La norma no señala plazo para cumplir con estas exigencias formales (art. 108, inc. 2º). No obstante, transcurridos 60 días de acaecidos

los hechos antes indicados sin que se hubiera dado cumplimiento a las formalidades establecidas, cualquier director, accionista o tercer interesado podrá dar cumplimiento a ellas (art. 108, inc. 3°).

No debe perderse de vista que las formalidades de disolución están previstas con el propósito de hacer oponible a terceros la terminación de la sociedad y cautelar, al mismo tiempo, sus intereses. De ahí que la falta de cumplimiento de tales exigencias hace solidariamente responsables a los directores de la sociedad por los daños y perjuicios que se causaren por ese incumplimiento (art. 108, inc. final).

Por otra parte, el art. 106 de la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas agrega, a los efectos propios de la disolución, una responsabilidad que no se opone a la establecida en su art. 133, por los perjuicios que se causaren a los accionistas, presumiendo culpables y solidariamente responsables de ello a los gerentes y directores de una sociedad anónima disuelta por las causales 4 y 5 del art. 103 (revocación autorización existencia o sentencia judicial), a menos que contare expresamente su falta de participación o su oposición al o a los hechos que han servido de fundamento a la resolución administrativa o judicial, en su caso.

*La liquidación de la sociedad anónima.* Recordamos que la liquidación es un conjunto completo de actos destinados a reunir los bienes del activo, realizarlos, cobrar los créditos, concluir las operaciones pendientes, pagar las deudas a los terceros y distribuir el saldo líquido entre los socios a prorrata de su interés social.

Durante el proceso de liquidación la sociedad anónima subsiste como persona jurídica, para esos efectos, y sólo puede ejecutar los actos y contratos que tiendan directamente a facilitarla, no pudiendo en caso alguno continuar con la explotación del giro social, salvo operaciones ocasionales y transitorias del giro para la mejor realización de sus bienes (art. 109). Los estatutos sociales mantienen su vigencia en lo que fuere pertinente y debe agregarse al nombre de la sociedad anónima las palabras "en liquidación".

*Quién practica la liquidación.* La liquidación de las sociedades anónimas puede practicarse por:

1) Una comisión liquidadora elegida por la Junta de Accionistas, conforme a lo previsto por el art. 66 de la ley de sociedades anónimas. La misma norma se aplica respecto de la liquidación de las sociedades anónimas declaradas nulas. La comisión estará, normalmente, integrada por 3 miembros, salvo acuerdo unánime en contrario de las acciones emitidas con derecho a voto;

2) Un solo liquidador, elegido por la Junta de Accionistas de una quina que le presente el tribunal en el caso de disolución por la causal del art. 103, N° 5 de la ley.

3) Por uno o más delegados de la Superintendencia, en los casos en que la ley de sociedades anónimas N° 18.046 u otras leyes le encomienden ejecutar la liquidación de sociedades anónimas.

No es necesario practicar la liquidación cuando la sociedad anónima se disuelve por reunirse todas las acciones en manos de una sola persona.

*Facultades de los liquidadores.* Mientras no se cumpla con las formalidades propias de la disolución, el proceso de liquidación no puede comenzar. En consecuencia, los liquidadores no pueden entrar a desempeñar sus funciones. Entretanto, el último directorio de la sociedad anónima disuelta deberá continuar a cargo de la administración de ella. A los liquidadores se les aplica, en lo que corresponde, los artículos de la Ley N° 18.046 referente a los directores.

La comisión liquidadora o el liquidador, en su caso, llevan a cabo el proceso de liquidación de la sociedad anónima, con las siguientes facultades:

- a) Sólo puede ejecutar los actos y contratos que tiendan directamente a efectuar la liquidación;
- b) Representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad;
- c) Los liquidadores tendrán las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativas de la Junta de Accionistas;
- d) No es necesario otorgar poder especial a los liquidadores aun para celebrar actos y contratos en que las leyes así lo exijan.

*Limitación de las facultades.* Las facultades de los liquidadores pueden limitarse en juntas de accionistas posteriores a la disolución, o en la que se acuerda ésta, señalando específicamente sus atribuciones o sus limitaciones. Este acuerdo deberá reducirse a escritura pública y anotarse al margen de la inscripción social en el Registro de Comercio.

Esta posibilidad de limitar facultades no cabe cuando el liquidador ha sido nombrado a propuesta del tribunal o cuando la liquidación la practica directamente la Superintendencia.

*Delegación de facultades.* Las funciones de los liquidadores no son delegables, si fueren varios podrán delegarlas parcialmente en uno o más, y, para objetos determinados, en otras personas.

*Remuneración de liquidadores.* Cuando los liquidadores son delegados de la Superintendencia, los ingresos por concepto de remuneraciones pertenecen a la autoridad de control.

En cuanto a su monto, tanto cuando son delegados de la autoridad de fiscalización como en el evento en que los liquidadores son nombrados a propuesta de ella o de la justicia, no podrá ser inferior al 1/2% del total del activo, ni superior al 3% de los repartos que se hagan a los accionistas, sin perjuicio de la facultad de la Junta de Accionistas para fijarles una remuneración superior.

En todos los demás casos, la remuneración de los liquidadores será del monto que acuerde la Junta de Accionistas.

*Reunión de las juntas durante la liquidación.* Durante el tiempo que dure el proceso de liquidación continúan reuniéndose las juntas ordinarias y a ellas los liquidadores dan cuenta del estado de la misma, presentándoles balances y estados financieros y adoptándose las normas que sean necesarias.

Sin perjuicio de ello, los liquidadores pueden citar a juntas extraordinarias de acuerdo con lo dispuesto por el art. 58 de la ley de sociedades anónimas.

Si la liquidación la hace la Superintendencia, convocará a la Junta de Accionistas sólo en los siguientes casos:

- 1) Cuando lo estime necesario; y
- 2) Cuando lo pidan accionistas que posean al menos el 10% de las acciones emitidas.

La autoridad de control, concluida la liquidación efectuada por ella, comunica este hecho por tres avisos seguidos en un periódico del domicilio social y proporciona una información general del proceso a aquellos accionistas que lo soliciten dentro de los 60 días del último aviso (art. 115, inc. final).

*Cambio de liquidador.* La autoridad administrativa de control, en las sociedades sujetas a su fiscalización, en casos graves y calificados y a petición de accionistas que representen a lo menos el 10% de las acciones emitidas, podrá citar u ordenar se cite a Junta de Accionistas, con el objeto de que ésta modifique el régimen de liquidación y designe un solo liquidador de la quina que se presentará al efecto.

En las sociedades anónimas cerradas corresponde ejercer este derecho ante la justicia ordinaria, la que resuelve con audiencia de la sociedad, conforme al procedimiento incidental.

La ley agrega que se presume de derecho que existe caso grave y calificado, cuando el proceso de liquidación no se termine dentro de los 6 años siguientes a la disolución de la sociedad, o en el plazo menor que la Junta de Accionistas determina al momento de nombrar la comisión liquidadora.

Nos parece interesante la hipótesis de cambio de liquidador reglamentada por primera vez en nuestro medio en el artículo 119 de la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas, sobre todo porque en la liquidación de una sociedad anónima están involucrados no sólo los intereses de los accionistas y de los acreedores sociales, sino que, frecuentemente, de muchas otras personas, de ahí que establecer este mecanismo era necesario para que se cumplan los fines que se persiguen.

*Formalidades de la liquidación.* Algunas formalidades se exigen por la ley (art. 115, inc. final) cuando la liquidación la practica el superintendente, por sí o por delegado, como ya viéramos.

Respecto de las otras formas de llevar a cabo la liquidación, la Ley N° 18.046 no establece específicamente otras formalidades. En silencio de la ley y mientras no se publique el reglamento a que ella hace referencia, podría entenderse aplicable la norma del art. 413 del Código de

Comercio, en cuya virtud el liquidador debía citar a una junta extraordinaria para dar cuenta del término de su gestión y pedir que se le apruebe. El acta de esta reunión debía reducirse a escritura pública, como lo indicaba la autoridad administrativa de control en oficio N° 1.060 de 15 de noviembre de 1933. Con todo, advertimos que el art. 413 del Código de Comercio está ubicado en párrafo 6, Título VII del libro II del Código de Comercio, relativo a la disolución y liquidación de la sociedad colectiva, aplicable a las sociedades anónimas en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del art. 465 del Código de Comercio, derogado expresamente por el art. 145 de la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas.

#### *Sección IV. Disposiciones varias.*

*Arbitraje.* En esta materia es interesante conocer el alcance del art. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas, relacionado con el art. 4° N° 10 de la misma, que dispone que en los estatutos sociales se establecerá la forma como se designarán el o los árbitros y que en caso alguno podrá nominarse en ellos a una o más personas determinadas como árbitros. Agrega la disposición que el arbitraje que ella consagra es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlos a la decisión de la justicia ordinaria.

Los estatutos sociales sólo pueden estipular la manera o forma como se procederá a la designación de el o de los árbitros, pero no designar a personas determinadas. Ello se explica porque en la sociedad anónima, siendo una sociedad de capitales, la consideración de la persona es absolutamente indiferente, en todos los aspectos, aun en el arbitraje, todo lo contrario de lo que sucede en las sociedades colectivas. Además, la sociedad anónima puede ser de duración indefinida, por lo que la nominación de un sujeto determinado como árbitro puede estar en contra de este carácter y siendo la función de árbitro o el compromiso "instituto personae" habría que preocuparse de designar a una serie de árbitros para cumplirlo, uno en defecto de otro, mientras dure la sociedad. De ahí que el legislador dispuso que no puede nominarse persona determinada alguna para actuar como árbitro.

Por otra parte, aun cuando se haya estipulado la forma de designar el o los árbitros para conocer de las materias de que trata el art. 4° N° 10, llegado el momento de producirse el conflicto, el demandante puede sustraerlo de su conocimiento y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria (art. 125, inc. 2°). Esta norma parece estar en contradicción con el art. 4° N° 10 pero tal contradicción no existe ya que dicha norma no establece un arbitraje forzoso sino que se refiere a la naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidos los conflictos de que trata, lo que se reitera cuando expresa que en silencio de los estatutos se entenderá que el árbitro tiene el carácter de arbitrador.

No debe olvidarse que la Superintendencia, aun con las modificaciones de su denominación y atribuciones introducidas por el Decreto Ley N° 3.538 de 23 de diciembre de 1980, conserva facultades de

árbitro para decidir los conflictos a que se refiere el art. 4º, N° 10 de la Ley N° 18.046, cuando las partes, de común acuerdo, los someten a su conocimiento. Gracias a la función arbitral de la autoridad de control ha surgido una interesante jurisprudencia administrativa, elemento del cual no puede prescindirse para ilustrarse sobre el derecho chileno de sociedades anónimas. Tal vez ahora la misión de la Superintendencia devenga menos significativa en este aspecto.

*Registro de sociedades anónimas.* En reemplazo del sistema de registro público oficial, la ley encarga ahora a las propias sociedades anónimas llevar un registro público indicativo de sus presidentes, directores, gerentes o liquidadores, con especificación de las fechas de inicio y término de sus funciones, cuyos datos harán plena prueba contra la sociedad, sea en favor de accionistas o de terceros.

Los directores, gerentes y liquidadores, en su caso, son solidariamente responsables de los perjuicios que causaren a accionistas o terceros por la falta de fidelidad de esas informaciones, sin perjuicio de sanciones administrativas que pueda aplicar la autoridad de control.

*Carácter imperativo de normas legales.* La ley da a sus normas el carácter de imperativas, que priman por sobre toda otra norma estatutaria en contrario (art. 137). Sus normas rigen desde su publicación en el Diario Oficial y las sociedades anónimas existentes deberán adecuar sus estatutos a ella en su primera reforma, o a más tardar dentro de los 180 días siguientes a su publicación, so pena de responsabilidad solidaria de directores, gerentes y liquidadores por los perjuicios que de ello puedan derivarse a terceros y a los accionistas (art. 1º, transitorio).

Si no se hubieren reformado sus estatutos, las modificaciones sobre remuneración de directores titulares y suplentes rigen desde la próxima Junta de Accionistas y, en todo caso, desde el 30 de abril de 1982 (art. 8º, transitorio).

Las sociedades anónimas existentes se regirán por las normas de las sociedades anónimas abiertas o cerradas conforme a los conceptos y clasificación del art. 2º. No obstante, mientras la Superintendencia, de oficio o a petición de parte, no deje constancia de la condición de cerrada de una determinada sociedad, ésta se regirá por las normas aplicables para las sociedades anónimas abiertas (art. 2º, transitorio).