

La administración de la Sociedad por Acciones, o de cómo ha sido reivindicada la libertad contractual en la tipología societaria chilena

Julio Valdivia Pérez¹

Profesor ayudante Derecho Comercial
Universidad del Desarrollo

Resumen: La Ley N° 20.190, que introdujo –entre otras– una gran reforma al derecho societario chileno por medio de la incorporación de la Sociedad por Acciones “SpA” vino en refrendar que el debate sobre la naturaleza contractual de la sociedad, no estaba fenecido. Muy por el contrario, la libertad contractual toma especial fuerza en diversas materias relativas a la constitución, aporte del capital, control, y específicamente para lo que nos interesa: en la administración. Este artículo se propone demostrar cómo es que la cláusula abierta del “régimen de administración” que se contiene en el Párrafo 8°, del Título VII, del Libro II del Código de Comercio (que regula a la “SpA”) brindó la más amplia libertad en materia de administración societaria que se haya conocido en décadas.

Cuestiones preliminares

La Ley N° 20.190, conocida coloquialmente como “MKII” vino en modificar los artículos 424 y siguientes del Código de Comercio, introduciendo en el extinto Párrafo 8°, del Título VII, Libro II, un nuevo tipo societario en el derecho chileno: la Sociedad por Acciones (“SpA”)². La inclusión de este instituto jurídico se enmarca dentro de una política general de estímulo al mercado de capitales –en una reforma variopinta– que precedida de un diagnóstico más o menos reconocible, consideraba que el denominado “*capital de riesgo*”³; actividad económica que

¹ Julio C. Valdivia Pérez es abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile.

² Por sus siglas, conforme lo dispone el artículo 425, N° 1.

³ Véase por ejemplo: Cochrane, John (2005): “The Risk and Return of Venture Capital Market”, en *Journal of Financial Economics*, Vol. 75, Issue 1, p. 3–52. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501570 y Triantis, George (2001): “Financial Contract Design in the World of Venture Capital”, en *University of Chicago Law Review*, Vol. 68. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258392

presenta problemas de agencia, de asimetría de información, y cuya característica más virtuosa o ventajosa es el elevado potencial de rentabilidad del desarrollo de un negocio. Medurado –esto último– por el alto nivel de riesgo ínsito a ellas, no encontraba el vehículo jurídico propicio para su progreso y profundización.

Se tornaba evidente que la explosión de un ramo de la industria que precisa de flexibilidad y rapidez, celeridad y certeza, enfrentaba profusos costos de transacción en el régimen de contratación en general, y en el societario, en particular. Las bondades propias de la Sociedad por Acciones, que procuran espolear al capital de riesgo, están siendo debidamente difundidas, y sobre ellas ya existe alguna literatura en las revistas especializadas del país⁴.

Cuestiones radicales tales como el reconocimiento legislativo a la conformación de una sociedad unipersonal, o la posibilidad de, aun siendo un contrato formal, constituir a la “SpA” por medio de un instrumento privado suscrito por sus otorgantes, y cuyas firmas sean autorizadas por notario público, en cuyo registro será protocolizado el instrumento, y no necesariamente acudiendo a la dación de escritura pública, entre otras, exceden el marco de lo que propugnamos en esta entrega. La competencia se radicará en cómo la regulación sobre “SpA” revitalizó al contrato (y los principios en que se funda esta herramienta) como “metáfora”⁵ para explicar la vida, y existencia de la sociedad, con especial énfasis en lo que respecta al diseño de su *administración*.

Así las cosas, es el artículo 424 del Código de Comercio que señala, al definir a la “SpA”, que en el estatuto social se establecerán *“los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de su administración y los demás pactos que, salvo por lo dispuesto en este Párrafo, podrán ser establecidos libremente”*. A su turno, el artículo 425 N° 4 reitera a propósito de las menciones mínimas del mismo estatuto, que éste deberá contener *“la forma como se ejercerá la administración de la sociedad y se designarán sus representantes; con indicación de quienes la ejercerán provisionalmente en su caso”*. En términos orgánicos y de potestades, estas son las únicas menciones –de las genéricas– que el legislador dispuso como bases fundamentales de la administración de la “SpA”. Existen, por cierto, otras normas referidas a atribuciones y órganos sociales relativas a la administración, que por supuesto analizaremos, pero el primer diagnóstico que podemos presentar es la evidente –epistemológicamente hablando– ausencia de un sistema de administración preconcebido por el regulador. Un primer indicio de libertad se anida entonces.

⁴ Véase: Jara Baader, Andrés. (2007) “Sociedades por Acciones, Ley 20.190: Publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de junio de 2007”, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Vol. 34, N° 2: pp. 251–288; Sarroca Poblete, José Miguel (2010): “Las Sociedades por Acciones SpA”, en *Revista Actualidad Jurídica*, (Universidad del Desarrollo), N° 21, enero de 2010, pp. 515–532.

⁵ Greenfield, Kent (2000): “From Metaphor to Reality in Corporate Law” en Stanford Agora, Vol. 2, 2000. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=254117> or doi:10.2139/ssrn.254117

Propiedad, contrato, sociedad y administración

Este resulta ser un tópico belicoso. En la medida de que seguimos usando la “metáfora” para fundar el tinglado jurídico sobre el que descansa la sociedad, decimos de manera recurrente que los accionistas son dueños de ella⁶, no obstante todas las particularidades que el estatuto de la propiedad constitucional nos impone a los privados para su legítimo ejercicio, y por tanto, “con ello, el *interés social* es identificado únicamente con “la maximización de beneficios”⁷. Extremando el argumento, podría ser constitucionalmente admisible considerar la intromisión, en el derecho societario en específico, y por vía de mandatos legislativos –por supuesto–, la circunstancia de que cada compañía adoptara una política de responsabilidad social corporativa para su funcionamiento. Ciertamente, ello podría argumentarse atendida la función social que inviste la propiedad diseñada por el constituyente. No es algo que en particular nos parezca idóneo, pero, como dice Greenfield, de utilizar la metáfora, debemos hacernos cargo de todas las particularidades –o externalidades, usando la jerga económica– que ello acarrea.

Pero, ¿qué relación existe entre lo que enunciamos y la administración de la “SpA”? Una considerable. Disponiendo como punto inicial de la travesía de su estudio la posibilidad de que conforme lo reconoce el mismo artículo 424 del Código de Comercio la “SpA” es “una persona jurídica creada por una o más personas”, no es intrascendente que para el “diseño institucional” de la “SpA” exista un solo accionista, algunos, o muchos. Con la expresa limitación del artículo 430 que, por vía del número de accionistas (no más de 499) o por vía de atomicidad en el control social (a lo menos el 10% de su capital pertenezca a un mínimo de 100 accionistas) ciñe las “dimensiones” de la “SpA”. Pues de encontrarse fuera de esos límites, la ley le impone la conversión en una sociedad anónima, por su solo ministerio. Por cierto, ello no es indicativo de una u otra dirección (administración sencilla, o una compleja) pero si aquello se lo relaciona con el nivel de capital, la actividad económica de su objeto, y la calificación profesional de sus fundadores, el resultado más común será que, ante negocios o firmas familiares pequeñas, de recurrirse al ropaje jurídico de la “SpA”, la administración bien será asumida por el propio accionista único (caso de la sociedad unipersonal) o por la adopción de las formas menos rigurosas –en principio– de las sociedades de personas. En este caso los “problemas de agencia” son menores, pero no por ello introducen algunas variables a considerar: una que adelantaremos ¿Cómo resguardar los intereses de los accionistas que no quedando en la administración, tienen títulos transables, pero sujetos a un mercado no tan profundo? ¿En los derechos, o en el diseño orgánico y de potestades/responsabilidades de la administración de la “SpA” estará la solución?

⁶ Greenfield, Kent (2000): p. 4

⁷ Means, Berle Jr., “The Modern corporation and private property”, citado por Dobson, Juan Ignacio (2010): *Interés Societario*, (Buenos Aires, Editorial Astrea) p. 353.

Como la "SpA" es un tipo social que destaca porque la "participación en el capital es representada por acciones", su talante resulta fácilmente comparable con la sociedad de capital que por antonomasia conoce el derecho chileno: la Sociedad Anónima (S.A.). Por ejemplo, la utilización de esta "analogía" ha sido destacada con amplitud en la doctrina norteamericana, como cuando se contraponen a las "*Limited Liability Companies*" LLC (por sus siglas) –símil de la "SpA"– las "*Corporations*" –símil de la Sociedad Anónima– en la medida que se dice que se las puede corresponder en términos de responsabilidad (*liability*), la aplicación de las normas de gobierno corporativo, y los principios de la "*internal affairs doctrine*"⁸ con que enfrentan los conflictos al interior de la compañía. Añadimos para el derecho chileno, en que ambas son personas jurídicas distintas de los accionistas individualmente considerados⁹, expresamente se somete a la "SpA" a un régimen supletorio, en aquello que no se contraponga con su naturaleza, a las normas aplicables a la sociedad anónima cerrada (art. 424 *in fine*) y además, en lo que respecta a su régimen de tributación, la Circular N° 46 del Servicio de Impuestos Internos, de 4 de septiembre de 2008, enfáticamente recoge el mandato del artículo 2° N° 6 inciso segundo de la Ley de Rentas, el cual dicta que para todos los efectos de esa legislación, la "SpA" se considera como "anónima". Todos estos antecedentes nos permiten suponer que, aunque libres las personas y/o partes para constituir una "SpA" para vestir a un negocio modesto o pequeño, los incentivos legales –inclusive del régimen tributario, como citamos– están colocados para que actores con negocios con alguna mediana complejidad, sin ser forzosamente grandes en volúmenes de capital para necesitar levantar fondos mediante su apertura al mercado bursátil (S.A.A.) ni de muchas personas (500 o más accionistas) ni menos la proporción del 10% de capital suscrito en a lo menos 100 accionistas, utilicen la forma de la "SpA". Ello trae como consecuencia que respecto de la Administración vayamos en búsqueda de los principios de gobierno, y algunas ideas en lo relativo al control y responsabilidad que traza la Ley de Sociedades Anónimas (18.046) sin sujetar de manera forzosa a la "SpA" a esas prescripciones –sobre todo en lo orgánico–, por motivos de texto expreso que analizaremos, ni porque evidentemente en el ejercicio de la libertad un negocio de apariencia pequeña, y relativa concentración en la propiedad, escoja contenerse en las vestimentas de la "SpA".

En ese camino se nos cruza el concepto de "*interés social*" como idea fuerza que trasunta a todos los principios y mecanismos descritos. Sobre el punto, concordamos con el profesor Alcalde R. cuando dice que tal expresión "necesariamente dice relación con los intereses de quienes son partes en el contrato, es decir, los propios accionistas, y con exclusión de otros sujetos que pueden interactuar

⁸ Bacon, Leigh A. (2001) "Freedom of' or 'Freedom from'? The Enforceability of Contracts and the Integrity of the LLC", en *Duke Law Journal*, Vol. 50, N° 4. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=270235> or doi:10.2139/ssrn.270235

⁹ Cosa que en el Derecho Norteamericano no es tan claro respecto de las LLC.

con la sociedad”¹⁰ y esto porque cimentamos claramente la figura de la “SpA” usando la metáfora del contrato; tanto que, ni considerando que ambas figuras (“S.A.” y “SpA”) son definidas como “personas jurídicas” por sobre la voz “contrato” que utiliza el artículo 2053 del Código Civil, resulta prístino que aquello –lo de “persona jurídica”– es otra metáfora fundada en la idea que la sociedad es una “conexión de contratos”¹¹; cuestión que es la recepción de una idea de Hans KELSEN, para quien la persona jurídica sería una expresión unitaria para un complejo de normas¹². Por lo que el fin primordial del derecho societario sería disponer de la más amplia libertad para que las partes construyan sus acuerdos, y que por excepción se les impongan normas imperativas o prohibitivas¹³, o como dicen COOPER y ULEN: “el primer propósito del derecho de los contratos es el de permitir que los individuos cooperen convirtiendo los juegos de soluciones no cooperativas en juegos de soluciones cooperativas”¹⁴.

De esta manera, la estructura de la propiedad claramente condicionará la forma en que se gestione la sociedad; su orgánica y potestades, y en todo caso, es menos útil –la propiedad– para fundar algunos de los conceptos que trataremos de profundizar, que son especialmente ilustradores de la esencia de la “SpA”. Por el contrario, el contrato se aviene mejor como justificación al marco de actuación que pueden diagramar los accionistas al configurar el régimen de administración de la “SpA”. No es que contrato y propiedad sean conceptos antitéticos. Por el contrario. La eficacia de los contratos descansa precisamente sobre la efectiva protección de la propiedad, no obstante lo que proponemos es que la revitalización de la libertad contractual –y el contrato, como instrumento– son las razones para explicar las grandes posibilidades de los actores privados a este respecto. Como dice ALCALDE R., ésta “*libertad negocial*” es la que permite dotar de contenido¹⁵ a los pactos autónomamente celebrados.

Orgánica de la Sociedad por Acciones “SpA” y libertad contractual

¿Órgano colegiado, unipersonal, o cualquiera de los dos?

Hemos expresado que el Párrafo 8º, Título VII, del Libro II del Código de Comercio, que regula a la “SpA”, no preconice cuál es el régimen de administración

¹⁰ Alcalde R., Enrique (2007): *La Sociedad Anónima* (Editorial Jurídica de Chile), p. 39.

¹¹ Alcalde R., Enrique, (2007): p. 25.

¹² Dobson, Juan Ignacio, (2010): p. 145

¹³ Bebchuk, Lucian A (1989) “The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law”, en *Columbia Law Review*, Vol. 89, pp. 1395–1415, 1989; Harvard Law and Economics Discussion Paper N° 63. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=552729>

¹⁴ Cooter, Robert, y ULEN, Thomas (2008): *Derecho y Economía*, (Editorial del Fondo de Cultura Económica, México) traducción de Eduardo L. Suárez

¹⁵ Alcalde R., Enrique (2007): p. 15.

que deben adoptar las partes, o la persona que constituye este tipo social. Por el contrario, sólo se habla de “*régimen de administración*” tanto en el artículo 424, como en el 425. Además de esas disposiciones, solo encontramos referencias a la “*administración*” en el artículo 427, que le encomienda al acuerdo de la “*junta de accionistas*” la modificación del pacto social, pero a reglón seguido le abre la vía a que dicha “*junta*” no se celebre en el evento de que “*la totalidad de los accionistas suscribieren una escritura pública o un instrumento privado protocolizado en el que conste tal modificación*”.

Para el caso de los aumentos del capital social, el inciso 2° del artículo 434 innova radicalmente al entregarle a la “*administración*” en “*forma general o limitada, temporal o permanente, (la atribución) para aumentar el capital con el objeto de financiar la gestión ordinaria de la sociedad o para fines específicos*”. Esta prerrogativa que en todo caso debe estar expresamente consultada en el pacto social, no conoce parangón en el derecho societario chileno, en el entendido que el aumento del capital siempre resulta ser expresión de la modificación del contrato, y por tanto, en facultad ejercida por los socios o accionistas, y no por la administración, la cual puede delegarse incluso a terceros ajenos al contrato. Quizás el legislador acá, previendo una estructura de propiedad concentrada, estimó en su propósito de otorgar la más amplia flexibilidad a los actores de la sociedad, que disponiendo de esas atribuciones, la administración puede cumplir con mayor celeridad y eficacia su propósito de maximización del valor de la compañía. Todo lo cual arroja con refulgencia que la libertad de contratación que insufla al modo en que la administración puede ser autónomamente arreglada, se impone a aquellas visiones que estiman propio de los ordenamientos de las sociedades de capital, que los poderes de los órganos encargados del gobierno de la sociedad, se inspiran en normas denominadas de “*orden público*”. Las dudas consustanciales que genera la norma aludida residen en la quintaesencia del atavismo del operador jurídico chileno: su exacerbado formalismo. Lo que conlleva a saber cómo poner en práctica ese aumento, y si es que debe –necesariamente– reflejarse en la modificación de los estatutos sociales. Para desasosiego de los traídos a colación, y sólo porque expresamos nuestra adhesión irresoluta al principio de libertad contractual, nos manifestamos en la negativa; primero porque si la administración en tanto tal, no es parte del contrato, malamente puede manifestar su voluntad en terrenos que le resultan vedados. Y segundo, porque puede buscarse la analogía con lo que dispone el artículo 10 de la Ley sobre Sociedades Anónimas (N° 18.046) en cuanto dispone la modificación de pleno derecho del capital cuando la Junta de Accionistas aprueba el balance del ejercicio, no obstante no ha habido proceso formal de modificación del pacto social para reproducir la revalorización que se expresa. Sí ello es posible, ¿cómo no considerar que la Administración sujeta –en todo caso– a la autorización para aumentar el capital, y a sus procedimientos de cuenta en sus acuerdos o en las formas mediante las cuales hace fidedignas sus decisiones, y con el debido asiento en los registros contables, dicho aumento?

Sin embargo asaltan algunas dudas. ¿Quiénes suscribirán las acciones, y que plazos deberán emplearse para el entero del capital? Nos parece que no se hace preciso ahogarse en la falta de regulación del caso concreto, y nada más acudir a la norma general, que en todo caso la entrega el mismo artículo 434: *“el capital social deberá enterarse en el plazo estipulado por los estatutos, o en su defecto, en el máximo de 5 años”*, a cuyos vencimientos deviene la sanción legal de la reducción de pleno derecho al capital efectivamente pagado. Destacable resulta que, a diferencia con lo que ocurre con el inciso final del artículo 16 de la Ley N° 18.046, que permite el ejercicio de los derechos asociados a la acción, y con la calificada excepción de los derechos patrimoniales, no obstante no se encuentre totalmente pagada, salvo que se pacte lo contrario. En la “SpA”, la cuestión se invierte, y de no haber estipulación social especial, la acción que no se encuentre totalmente pagada no gozará de derecho alguno.

En lo que respecta a quienes podrán suscribir aquellas acciones, también franquea la ley la más amplia libertad: el artículo 439 señala que las “acciones de pago” que puede emitir la “SpA”, cuyo precio determinarán los accionistas, no es obligatorio que sean ofrecidas a los accionistas de manera preferente; sin perjuicio de que el estatuto autorizado por el inciso segundo de dicha norma, puede determinar una oferta de esa naturaleza “al menos por una vez” a dichos miembros. La pregunta que sí aflige al corresponder ambas normas que explicitamos es ¿cómo la administración puede fijar el precio de la acción y a quienes ofertarlas “preferentemente” si el art. 439 señala que debe ser determinada esa circunstancia por los “accionistas”? Nuevamente, por la especial atribución que se confiere a la “administración”, consideramos que el pacto social será espacio suficiente para autorizar en el ejercicio de esa calificada prerrogativa, la posibilidad de determinar el precio de la acción, o al menos, de proponer las bases sobre las cuales los accionistas deban pronunciarse. De otro modo, si precisáramos de la anuencia de los accionistas, la decisión de la administración a este respecto se vería limitada al extremo de la inutilidad. Aunque, de nuevo, es factible que el legislador entendiera que esa disposición puede ser utilizada con mayor frecuencia en sociedades en donde la persona de los accionistas inviste además la administración. Y por eso, las decisiones –aunque jurídicamente distintas– se toman en un panorama de confusión de roles.

También se habla de “asamblea de accionistas” en el artículo 438, cuando se toca el tema de la compra de acciones de su propia emisión por parte de la “SpA”, y las dos últimas apelaciones a órganos de la administración se dan en el art. 431 al atribuir responsabilidad, tanto a administradores como al gerente general en el caso de la falta de fidelidad o vigencia de las informaciones contenidas en el registro de accionistas, y en el art. 441 cuando se alude a las formas de resolución de las diferencias que se producen al interior de la “SpA”; ambas prescripciones que analizaremos con mayor detenimiento en lo sucesivo de estas páginas.

En cuanto a la “estructura orgánica” de la “SpA”, valgan las reflexiones acerca de la importancia que tiene la estructura de propiedad de esta. Es tan amplio el espectro de actividades económicas que es posible formalizarlas por medio del empleo de una “SpA”; desde las pequeñas firmas que –presumiblemente– puedan ser arropadas mediante la “SpA” por una sola persona, hasta las de dimensiones y complejidades propias de una S.A. Decimos, inclusive, sobre emprendimientos que de no existir la “SpA” serían con toda razón personificados en una S.A., hoy tienen la alternativa de acogerse a este estatuto, toda vez que el Código de Comercio recoge expresamente la regulación de derechos accionarios, normas de control societario, entre otras, que consideramos forman parte de negocios con requerimientos de gobierno social más sofisticado que al día 5 de septiembre de 2007 (fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.190) sólo tenían a las normas de la Ley N° 18.046 como sustento asociativo.

Se ha dicho que uno los pilares jurídicos sobre los cuales descansa la “administración” de una sociedad de capital sería la posibilidad de que todos los accionistas participen, a lo menos teóricamente, en el ejercicio y generación de la administración¹⁶. Porque, y poniendo el énfasis en la existencia de un entramado de derechos patrimoniales y políticos claros, además de una serie de órganos sociales definidos imperativamente por el legislador, como resulta ser el *Directorio* (arts. 1° y 31 de la Ley 18.046), el *Gerente* (art. 49 de la Ley 18.046) y las *Juntas de Accionistas* (arts. 55 y ss.), se obtiene un panorama general en la Sociedad Anónima Cerrada de marcado orden “*dirigista*”. Y teniendo presente que son supletorias “*en lo que no se opongan a su naturaleza*” a las disposiciones del estatuto y a las del Párrafo 8°, Título VII, Libro II del Código de Comercio; sabiendo que sus normas de administración “son de orden público, prohibitivas, en términos de que las competencias de cada uno de sus órganos –directorio y juntas de accionistas– aparecen expresamente señaladas en la ley, sin que la voluntad de las partes pueda alterarlas más allá de lo que la misma ley permite”¹⁷. Sí las normas sobre administración de la sociedad anónima son del carácter expuesto (“orden público”), y además –específicamente la S.A.C.– supletorias de la voluntad de los accionistas de una “SpA”, ¿adquieren, por ello, la misma “*calidad*” las normas de administración en el tipo social estudiado?

Por tanto, ¿qué *forma* de administración puede(n) diseñar la persona, o partes que constituyen una “SpA”? La respuesta es cualquiera que no vulnere las normas mínimas que entregan las disposiciones del Código de Comercio, y las de la S.A.C que puedan resultar aplicables. En el fondo, y aun más, puede afirmarse

¹⁶ Contreras S., Osvaldo (2005) *Instituciones de Derecho Comercial* (Editorial LexisNexis) Tomo I, p. 397.

¹⁷ Pfeffer U, Francisco J. (2005) “El Concepto de Control Societario, la Administración de la Sociedad Anónima, los Conflictos de Interés y la Potestad Punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el Contexto del Denominado “Caso Chispas””, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3, pp. 501-537

sin lugar a dudas que los principios sobre administración que descansan en la normativa de la "Sociedad Colectiva" que regula en el art. 2053 el Código Civil son la última *ratio* que deben resguardar a los accionistas a la hora de adoptar una *orgánica* determinada. En ese sentido, y atendida la naturaleza contractual de la sociedad, "las obligaciones que de ella emanan para sus diversas partes deben sujetarse al principio de buena fe"¹⁸.

Para estos efectos la norma de *clausura* que deberá regular la *forma* de la administración, está contenida en los artículos 2071 y 2081 del Código Civil al permitir que la dirección de la sociedad colectiva se le encomiende a uno o más socios, o si nada se ha dicho, se entiende que cada uno de ellos ha recibido el poder de los otros de administrar. O, con más exactitud, considerando el carácter *mercantil* de la "SpA", lo que el artículo 384 del Código de Comercio señala: "el régimen de administración de la sociedad colectiva se ajustará a los pactos que contenga la escritura social...". ¿Esto equivale a la *forma* de administrar? En ningún caso. Los artículos 424 y 425 son perentorios a la hora de exigir un "*régimen de administración*", lo que corresponde a decir que debe confiarse a un órgano social la facultad de administrar, y aunque ese "órgano social" sea el mismo único accionista de una "SpA" unipersonal. Afirmamos que son el sustento lógico final, toda vez que ella es resultado de un mínimo esfuerzo en dar eficacia al contrato; de no existir manera de administrar, poco y nada habrá de "sociedad". Sucede que al tiempo que el Código Civil y el Código de Comercio al regular las sociedades colectivas establecen una norma de "*mandato tácito y recíproco*" entre los consocios, el legislador para la "SpA" entrega a la completa libertad de las personas el establecer el sistema de gobierno societario. En definitiva, pueden optar a ocupar todo el espectro de *formas* de administración que reconoce el derecho societario chileno, y aun otras no expresamente consultadas, pero que no se contrapongan al *espíritu general de la legislación* (societaria) y a la mentada *naturaleza* de la "SpA".

Así, podemos precisar que, entre otras, puede acudirse a la existencia de:

1. Un administrador único con el título de "Gerente" o cualquier otro, con todas las potestades que le entrega el estatuto, encomendado a un tercero, o ejercido por uno de los accionistas;
2. Administración conferida por medio de mandatos entre los consocios para actuar por cuenta de la sociedad, o terceros delegados en el pacto social, o por acto posterior.
3. Administración ejercida por un órgano colegiado, con distribución de funciones de gestión y control;

¹⁸ Alcalde R., Enrique, (2007): p. 51

4. Todas, con la existencia de mandatos particulares, o la designación de gerentes que desempeñen los encargos que se les confíen, y con la limitación de que a lo menos se indiquen en el estatuto la o las personas que ejercerán provisionalmente, en su caso¹⁹. Sobre el punto SARROCA se manifiesta, y para efectos de la representación legal, en la necesidad de que la “SpA” nombre un “representante legal, que puede ser un gerente o gerente general”²⁰.

¿Debe existir una “Junta de Accionistas”?

En principio, ello no resulta exigible. Como apunta JARA, “la existencia de esta Junta de Accionistas no parece ser un requisito esencial y un órgano que necesariamente debe estar presente en la sociedad, pues es evidente que la única materia donde es citada la Junta puede ser sustraída de su conocimiento en el evento que los socios concurren en una escritura modificatoria”²¹. ¿Habrà alguna circunstancia en que sea necesaria? Y la respuesta sería: cuando las partes la estipulen. Así de simple. Explicaremos el punto: al interpretar la ley; al saber por la historia fidedigna de su establecimiento que el origen de la “SpA” era la modificación²² de la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas, para establecer una “forma” de ella más “desformalizada”, se dispuso finalmente en su tramitación constitucional –con un cambio de nombre incluso– que su espacio sería el del Código de Comercio, para demostrar que se trataba de un tipo social nuevo, expresamente. Que esa decisión tenía como fundamento trasuntar que lo pretendido por el legislador era precisamente no sujetar a la “SpA” a ser un mero apéndice, tanto de la S.A.C, como de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL), aun cuando los parecidos con ambas. De esta manera, se termina creando una serie de normas construidas para que los operadores de cualquier industria, que requiera o no de una estructura societaria detallada, opten por brindarles las bondades propias de la participación del capital social en títulos cedibles libremente –en principio–, como son las acciones; cuestión muy propia de la S.A, pero sin necesariamente tener que someterla a los ingentes costos asociados al formalismo contractual “*dirigista*” que exhibe la misma S.A., y de ese modo, balancearla y hacerla parecida –también– a un tipo social que, previendo la limitación de la responsabilidad de sus miembros, no tiene la posibilidad de es-

¹⁹ Véase para todos: Puelma A., Álvaro (2009): *Sociedades* (Editorial Jurídica de Chile), 3ª edición, Tomos I y II.

²⁰ Sarroca Poblete, José Miguel (2010): p. 520

²¹ Jara B, Andrés (2007) p. 3

²² En un comienzo en el proyecto de ley (Boletín 3278-05) del Ejecutivo las normas que se proponía modificar estaban en la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas. Así a continuación del artículo Noveno Transitorio, del Título XVI de la ley se agregaba un capítulo II intitulado “De La Sociedad de Responsabilidad Limitada por Acciones”. De este modo, el artículo primero que se introducía decía: “las sociedades anónimas pueden ser de tres clases: sociedades anónimas abiertas, sociedades anónimas cerradas, o sociedades de responsabilidad limitada por acciones”. Los dos incisos finales de este artículo afirmaban: “Son sociedades de responsabilidad limitada por acciones aquellas que se constituyan al amparo del Capítulo II de esta ley”, “las sociedades anónimas cerradas son las no comprendidas en los incisos segundo y tercero anteriores”.

tablecer formas flexibles en la cesión de los derechos sociales (caso de la SRL). En el fondo, el legislador en este Párrafo 8º, del Título VII del Libro II del Código de Comercio describe un trazado vertiginoso de pistas de un tesoro, por medio de la asignación correlativa de normas inconexas frente a las que las preceden, precisamente para decir que esto no es una S.A.C, ni es una S.R.L., pero de que se le quiere insinuar en una dimensión intermedia o “híbrido” de ambas, que duda cabe. Tanto es así, que no tendrían sentido normas como la del art. 429 del Código de Comercio que señala: “*los accionistas sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes en la sociedad*”. ¿Para qué el legislador introduce esta declaración similar a la del art. 1º de la Ley N° 3.918 sobre “Sociedades de Responsabilidad Limitada”, sabiendo que la representación del capital por medio de títulos –como sucede en la “SpA”– que son su fracción en un número limitado, consideran implícitamente que la responsabilidad del accionista que suscribe el título limita su responsabilidad al monto aportado, o más precisamente, al precio de la acción? Mi severa impresión –que por cierto se radica en el campo de lo meramente especulativo– es que el legislador de manera pedagógica, pero imperfecta, quiso evidenciar que el hecho de establecer este tipo social en un Código de Comercio en donde socios colectivos mercantiles y gestores –en la comandita– responden ilimitadamente, no era indicativo de esa misma línea en materia de responsabilidad. Aun más, la declaración que llamamos la atención tiene sentido en el título de las “sociedades en comandita”²³ en tanto que los regímenes de responsabilidad de gestores y comanditarios son diversos. En el fondo, el legislador ha tratado de decir –intuimos–: brindo las virtudes de las SRL: responsabilidad limitada de los miembros (accionistas, acá) y las de la S.A. (representación del capital por medio de acciones), en el supuesto que la acción posibilita el dinamismo social, y el acceso a una serie de actos jurídicos que la porción de los derechos sociales en la SRL no concede de manera flexible, naturalmente, al tráfico jurídico. Tan importante es la acción a este respecto, en sus efectos en la economía liberal, que Puelma ha dicho sobre el punto: “(la acción) ha ocasionado que la sociedad anónima sea la figura jurídica societaria preferida en el mundo capitalista, lo que se refleja en que el mayor número de empresas de cierta importancia económica estén organizadas como sociedades anónimas”²⁴.

En concreto, las “*Juntas de Accionistas*” no son precisas de –aun cuando existan multiplicidad de accionistas– considerarlas al constituir una “SpA”. El ejercicio de todos los derechos sociales, incluidos los políticos, pueden ejercerse bajo las formas que el mismo estatuto social disponga. Evidentemente que algunas ideas propias de la Ley N° 18.046 pueden ser tomadas para efectos de consignar el ejercicio de estos derechos para homologar situaciones análogas. Pero en ningún caso, de no establecerse más que la enunciación de algunas de sus

²³ Arts. 483 y 495 del Código de Comercio.

²⁴ Puelma A., Álvaro (2009) p. 583.

atribuciones significa que deben entenderse supletorias todas las normas de quórum, convocatorias y calidades de las Juntas si no hay declaración expresa. Tanto porque respecto de aquellas materias puede entenderse que el legislador da el marco preciso, por muy general que sea, en el sistema de información “que dé razonable seguridad de su fidelidad” que debe mantener la sociedad con los accionistas a que se refiere el art. 445. Tanto, porque puede esto arribar a la conclusión de que se está prescindiendo de cuestiones relativas a su naturaleza que detallaremos oportunamente.

La Administración de la LLC. Experiencia en el derecho norteamericano

Haciendo un examen de lo que sucede en el derecho norteamericano observamos que las “*Limited Liability Companies*” (LLC) –símil de la “SpA”–, que fueron creadas por primera vez por la Wyoming LLC Act., adoptada en 1977, ofrecen una estructura o modalidad “*camaleónica*”²⁵ de administración. Pues bifurca en dos especies²⁶ de LLC. Entre aquellas gestionadas por los miembros, o dueños (*member-managed*), y aquellas en donde la administración le corresponde a directores, agentes o gestores; independientemente de que sean o no titulares de acciones de la compañía. (*Manager-managed*). La LLC cuya estructura de administración ha sido reservada a sus miembros parte de la premisa característica del “*partnership*”; esto es, que cada uno de los miembros se encuentra en posición jurídica de obligar a la sociedad. O lo que en el derecho societario chileno sería la norma del mandato tácito y recíproco que recepciona el art. 2081 del Código Civil y el art. 386 del Código de Comercio. Por otro lado el modelo de la administración por delegados replica el modelo “*directorial*”, hasta el punto de que legislaciones estatales como la Minenesota LLC Act., delimitan una estructura de gobierno parecida a la “*Corporation*” o S.A. nuestra, con mecanismos propios de ese sistema de administración²⁷. El problema que se suscita en los Estados Unidos reside en la difícil situación en que se coloca a los terceros, por el hecho de que deba adoptarse uno de estos dos métodos por *default*. Sobre todo si ha existido o no referencia al sistema de gobierno en la publicación de los “*articles of organization*”²⁸. Como dicha problemática por el poco empleo de las figuras colectivas en Chile es escaso, no ventilan muchas ideas sobre ello. Además, porque la representación generalmente se radica en un órgano, o en la designación expresa de socios administradores, el estatuto.

Sucede que al tiempo que dicha ocurrencia es debidamente publicada por exigencia de la ley (art. 3° de la Ley N° 3918, art. 354 del Código de Comercio) en

²⁵ Ribstein, Larry E. (2007-2008): “An Analysis of The Revisited Uniform Liability Company Act”, en *Illinois Law and Economics Research Papers Series*. N° LE07-027

²⁶ Rutledge, Thomas E. (2004-2005) “The Lost Distinction Between Agency and Decisional Authority: Unfortunate Consequences of the Member-Managed versus Manager-Managed Distinction in the Limited Liability Company”, en *Kentucky Law Journal*. Vol. 93, N° 3

²⁷ “However these statutes were atypical”, Rutledge, Thomas E. (2004-2005): p. 743

²⁸ Para el estudio del punto en algunas legislaciones estatales norteamericanas: Rutledge, Thomas E. (2004-2005): p. 744

la "SpA" no acaece tal cuestión, en tanto el art. 426 del Código de Comercio no exige que se haga una expresa indicación al "régimen de administración" social en la publicación y registro del extracto. Modelo parecido al de la S.A. (art. 5° de la Ley N° 18.046), pero con una sustancial diferencia, ya que, en dicho caso, el sistema de gobierno es único: un directorio de miembros esencialmente revocables. Como en la "SpA" no sucede lo mismo, pues pueden adoptarse –inclusive– formas de organización propias de las sociedades colectivas, la no exigencia de la referencia a la administración en el extracto pudiera acarrear problemas que en el derecho norteamericano se suscitan con intensidad.

Ahora bien, la "*Revised Uniform Limited Liability Company Act*" ("RULLCA") promulgada por la "*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*" ("NCCUSL") abordando esa problemática destacada muy brevemente, mantuvo el sistema de elección de administración por *default*, eliminando la posibilidad de que los miembros e incluso los administradores obliguen por defecto a la sociedad²⁹ Lo destacable –para nuestra experiencia– estriba en la posibilidad de aquilatar formas de administración supletorias para los distintos tipos de "SpA", según sea su estructura de capital y negocios a los que se dedica. Probablemente sea conveniente –de "*lege ferenda*"– que en la pronta reforma al Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas que haría aplicable sus disposiciones a la "SpA", según se ha anunciado, respetando los deseos de libertad contractual diseminados por las reglas constitutivas del Párrafo 8°, se contenga una serie o listado³⁰ de opciones modélicas de estructura de gobierno social a las que la parte, o partes, puedan acogerse con expresa indicación –de ella– en el estatuto.

Como reflexión final, si es que el legislador no ha detallado la forma o régimen de administración, y entrega esta responsabilidad a las partes, teniendo presente que esa definición es un elemento esencial del contrato, puede afirmarse sin temor a equívocos que una vuelta de tuerca³¹ se ha dado en materia organizacional en el derecho societario chileno. Veremos cómo se corresponde ello en otras materias.

Convenios y libertad contractual, ¿pueden regularse cuestiones del "régimen de administración" de la "SpA" vía pactos?

La pregunta está dirigida a dilucidar si la expresión "*y los demás pactos que, salvo por lo dispuesto en éste Párrafo, podrán establecerse libremente*" puede o no ser indicativa de la posibilidad de que los accionistas determinen mediante "sindicatos o pactos de accionistas"³² el régimen o el contenido mismo del ac-

²⁹ "Members and managers have no statutory default agency power to bind the LLC". Ribstein, Larry E. (2007- 2008): p. 59.

³⁰ Rutledge, Thomas E. (2004-2005): p. 758.

³¹ Utilizando la expresión que invoca para la S.A. el profesor Alcalde R.

³² Alcalde R, Enrique (2007) p. 89.

cionar del gobierno societario. ALCALDE R. manifiesta que: “entre los diversos instrumentos legales que permiten establecer normas relativas al gobierno de la compañía, articulando de este modo los distintos intereses que posean sus socios, están los pactos de accionistas”³³, y agrega sobre el punto que “los motivos que inducen a estipular este tipo de contratos pueden obedecer a múltiples propósitos”³⁴, por lo que pareciera que la debida interpretación que sujeta sólo a la observancia de las normas del Párrafo 8°, el uso de los pactos o sindicatos, bien podría equivaler a que es posible dotar de contenido al mínimo común denominador que es la cláusula esencial del contrato acerca del “*régimen de administración*” a que hacen alusión los arts. 424 y 425 ya antes citados.

La disyuntiva, por supuesto, se centra en desentrañar qué es aquello que puede colmar –contractualmente hablando– a lo que la ley designa como “*régimen de administración*” concretamente. Sí el legislador, premunido de herramientas como la “SpA”, que partiendo de un acervo inicial: estimular el capital de riesgo, piensa o supone que el tipo societario debe revestir características de flexibilidad; tomando en consideración lo que ya hemos afirmado, esto es, que no hay un sistema de administración diseñado por el Código, se hace preciso aseverar que lo bastante –repetimos la alusión contractual– es asignar una “forma” u “órgano” de administración, cualquiera éste sea, con las prevenciones que ya formulamos. Cualquier otra hipótesis significa entrometerse en lo que el legislador ha pretendido: que campee la libertad contractual. Dicho en otras palabras, las partes reducen sus costos de transacción al emprender de manera conjunta, partiendo sobre la premisa de que estos costos existen al momento del diagnóstico que hace el empresario en términos de acometer su actividad de manera individual. Porque si no fuere rentable emprender asociado, el interés de hacerlo individualmente se impone por mera agencia del principio de costo-beneficio, de lo cual se sigue que la ley establece sólo prescripciones por “*default*” a que pueden someterse las partes, dejando en la atribución libre y soberana de sus manifestaciones el crear o modificar nuevas normas de conductas relativas a la administración, con los básicos “*estándares*” que debe proveer –necesariamente– el derecho corporativo o societario³⁵.

Ahora bien, siendo fiel al texto expreso y frío de la ley: “y los demás pactos que, salvo por lo dispuesto en éste Párrafo, podrán establecerse libremente”, habrá que decir que el legislador de la “SpA” previó una serie de disposiciones relativas

³³ Alcalde R, Enrique (2007) p. 89.

³⁴ Alcalde R, Enrique (2007) p. 89.

³⁵ “Se entiende que las partes intervinientes en la búsqueda de maximizar su utilidad personal, avanzarán contractualmente hasta dotar de una adecuada estructura normativa al ente social. Empero, la negociación entre los partícipes presenta importantes costos de transacción, los cuales se reducen notoriamente con la primordial actividad del legislador de ofrecer a las partes un modelo estándar de relaciones intrasocietarias que aminora los costos que supondría una negociación individual en cada caso, empero, permitiendo que sean modificadas libremente tales reglas cuando no se adecuen a las particularidades queridas por los interesados”. Bernet P., Manuel A. (2004), “El gobierno de las sociedades abiertas”, en *Revista de Derecho*, (Universidad Austral de Chile), Vol. 16, p. 36

al “control social” a que las partes pueden acudir cuando en la realidad se den los presupuestos necesarios de dispersión de capital –y claramente para cautelar la posición de minoritarios–, como los que intuye el art. 435 al decir que “El estatuto social podrá establecer porcentajes o montos mínimos de control del capital social que podrá ser controlado por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta. En caso de existir tales normas, el estatuto deberá contener disposiciones que regulen los efectos y establezcan las obligaciones o limitaciones que nazcan para los accionistas que quebranten dichos límites, según sea el caso. En su defecto, dichas estipulaciones se tendrán por no escritas”. Como el Código no se refiere a lo que es el “control social” en la “SpA” recurrimos a la doctrina especializada, sobre el asunto descrito en la S.A. Teniendo presente que la ley no entrega un concepto de “control”, mas sí de “controlador”, determinando que “el concepto de control siempre se construye en base a la propiedad de las acciones”³⁶, para arribar –finalmente– a que “el control de la sociedad anónima es la facultad de tomar las decisiones estratégicas de la empresa”³⁷, ¿cómo ha de entenderse ese “control social” en la “SpA”? En efecto, como son propias –a nuestro juicio– las disquisiciones acerca de los diferentes tipos de control que nacen a propósito de la Ley de Mercado de Valores (N° 18.045)³⁸ en la medida que se haga oferta pública de títulos, lo natural y obvio será comprender que esta norma se la interprete –en todo caso– como meramente supletoria de la voluntad de las partes, pues de no referirse al funcionamiento de ellas, no resulta plausible construir limitación alguna. Corrobora este aserto la disposición del art. 444 que prescribe: “salvo que el estatuto disponga lo contrario, la sociedad no se disolverá por reunirse todas las acciones en un mismo accionista”. Si un accionista deviene en controlador total, y por no existir norma de “control social” que lo “sancione” o disponga la “disolución” en la remisión que cabe hacer al art. 103 N° 2 de la Ley de Sociedades Anónimas, ¿es posible sostener que se infringe norma alguna? Evidentemente la respuesta es negativa. Como –y en el sentido indicado–, “asimismo, se ha permitido a los accionistas establecer cláusulas estatutarias por medio de las cuales se pueda exigir la venta de acciones”³⁹.

Responsabilidad y fiscalización de la administración

El único pasaje del Párrafo 8° en el que se invoca alguna norma de responsabilidad, se contiene en el art. 431 al señalar que: “*los administradores y el gerente general de la sociedad serán solidariamente responsables de los perjuicios que causaren a accionistas y a terceros con ocasión de la falta de fidelidad o vigencia de las informaciones contenidas en el registro a que se refiere este artículo*”. Aquella es la misma disposición que se consulta en el art. 135 de la Ley de Sociedades

³⁶ Pfeffer U., Francisco J. (2005) p. 511.

³⁷ Pfeffer U., Francisco J. (2005) p. 511.

³⁸ V. gr., control legal precario, y control legal efectivo.

³⁹ Jara Baader, Andrés (2007) p. 287.

Anónimas acerca del Registro de Accionistas de ese tipo social, y que exclusivamente se refiere sobre aquel instrumento, de manera que si no existe otra norma de responsabilidad, con excepción del art. 429, que limita la responsabilidad de los accionistas al monto de sus aportes, ¿cuál es la responsabilidad a que deben estar sujetos los administradores de una "SpA"?

La pregunta tiene que ver con la decisiva necesidad de dilucidar si las normas de los arts. 41, 42 y 45 (entre otros) de la Ley de Sociedades Anónimas resultan aplicables. Afirmo que la respuesta tiene que vincularse con el sistema de gobierno corporativo que haya adoptado la sociedad, o bien se acuda a normas de responsabilidad expresas como las que consulta el art. 404 del Código de Comercio a propósito de las sociedades colectivas mercantiles, cuyas prohibiciones a los socios construyen un sistema que calificamos como reproducible respecto de la Administración. En ese sentido, ¿los accionistas son soberanos para determinar que régimen de responsabilidad pueden adoptar?, ¿pueden limitar la responsabilidad de los agentes de la administración vía cláusula expresa dispuesta en el pacto social?

Nuestras ideas reposan sobre la base inequívoca de que en la empresa moderna, por la trascendencia que exhibe para el funcionamiento económico, se deben establecer "ex ante" los modelos preventivos de conductas lesivas para su funcionamiento, por medio de mandatos, ya sea impuestos por ley, o por cláusulas sociales, que contengan los deberes a los cuales tengan que sujetarse los administradores. Para aquello es imprescindible tener presente los estilos de responsabilidad societaria que describe el derecho societario chileno.

Como afirma Barros B., "el régimen legal de las sociedades colectivas establece indiferenciadamente para los socios y administradores deberes generales de cuidado característicos de una relación que es al menos análoga al mandato, así como límites a las actuaciones en que el interés del socio se superpone al de la sociedad"⁴⁰. Pero agrega respecto de las sociedades de capital, como es la "SpA", "(en ellas) las relaciones fiduciarias *entre los accionistas* son sustancialmente menos intensas que en las sociedades colectivas. Ello se manifiesta, por ejemplo, en que ninguna prohibición limita el derecho del accionista a desarrollar separadamente negocios del giro social". En contrario, Díaz es de la opinión que las prohibiciones de explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad expuesta en el art. 404 N° 4 del Código de Comercio deberían extenderse a la S.A. y que hay fundamento para ello en la ventaja que traería para la disminución de los *conflictos de intereses* que puedan producirse respecto de los administradores de una S.A., el que se amplíe aquella limitación⁴¹.

⁴⁰ Barros Bourie, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile), p. 815.

⁴¹ Díaz Tolosa, Regina I, "Deber de los administradores de no competir con la sociedad anónima que administran", (2007): en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. XX, N° 1, p. 101.

Como la "SpA" está en el camino intermedio, en el híbrido entre una SRL y una S.A.C., según afirmamos, la manera para determinar de qué responden los administradores estará forzosamente ligada a las cláusulas expresas del pacto, y las supletorias que resulten aplicables conforme su naturaleza. Fundamentado en ello, nos pronunciamos sobre la base de que las normas de responsabilidad de la S.A. deben emplearse, sobre todo en lo que dice relación con los deberes jurídicos a que tendrán que someterse los administradores; la ventaja es que las partes pueden hacer más laxos aquellos deberes, pues nada impide llegar a esa conclusión., en el marco de libertad contractual que expresamos. Por supuesto –y además–, el estándar del "buen hombre de negocios" que describe el art. 41 de la Ley de Sociedades Anónimas es muy útil, y nos sirve para delinear cuál es la norma de responsabilidad que les podría resultar aplicable a los administradores de la "SpA". Esta regla toma la base del "buen padre de familia" del Derecho Civil, pero –evidentemente– tiene en consideración "el riesgo agravado" que se encuentra ínsito en la actividad comercial⁴².

Así, respecto de las obligaciones que en una sociedad de capital los administradores deben observar, se ha dicho –casi universalmente– que estas son: el "deber de diligencia" y el "deber de lealtad". Después de todo, sea cual fuere el sistema de gobierno corporativo adoptado, los deberes de cuidado, de lealtad y de rendición de cuentas e información propios de las sociedades anónimas también son subsumibles en las relaciones entre administradores, y socios de una sociedad de personas⁴³.

Con respecto al "deber de diligencia", presuponemos entendido que no procura la satisfacción de una "obligación de resultado", pues son los accionistas los que deberán soportar las consecuencias patrimoniales de la gestión social. Así "si bien se les puede (a los administradores) reclamar éxito en su gestión, jurídicamente el éxito o fracaso no son parámetros de conducta"⁴⁴.

En cuanto al "deber de lealtad", destacamos la norma del art. 404 N° 4 del Código de Comercio a propósito de la sociedad colectiva mercantil, como expresión de una rigurosa disposición puesta en servicio de la idea que en las relaciones de propiedad-administración en una sociedad de personas, en la medida que los socios tomen por sí el ejercicio de la administración, en más delicada posición colocan a los que detentan intereses minoritarios. Habida cuenta que no les resultan aplicables las normas de fiscalización externa con que cuentan –por ejemplo– las sociedades anónimas abiertas, cuya transacción bursátil, y la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, más la interna que realizan las Juntas de Accionistas y los Auditores Externos

⁴² Dobson, Juan Ignacio (2010): p. 97.

⁴³ Barros Bourie, Enrique (2006): p. 815.

⁴⁴ Dobson, Juan Ignacio (2010): p. 97.

Independientes, brindan un panorama de auscultamiento poderoso para los intereses minoritarios. ¿Dependiendo de la estructura de la propiedad de la "SpA" resultarán de por sí aplicables algunas de estas instituciones? ¿Cómo determinar cuando una "SpA" debe adoptar normas menos rigurosas, o flexibles, de responsabilidad, y cuándo replicar los criterios de fiscalización? La respuesta parece ser más pacífica en cuanto a la responsabilidad. Hay criterios comunes al respecto, en la legislación societaria chilena. Cosa que no sucede en lo que respecta a la fiscalización de la Administración. Propongo un ejemplo: si una "SpA" constituida por al menos 400 accionistas tuviese como órgano de administración a un Comité o Directorio de los miembros que representan la mayoría accionaria. Si a eso le agregamos que conforme el art. 437 pueden establecerse series de acciones preferentes en el estatuto, con derecho a voto múltiple, lo que recrudece la concentración de propiedad en pocas manos; imagínese a aquellos que controlan la administración, y previendo que la ley en ningún momento les exige a los fundadores crear un sistema de "fiscalización de la administración", ¿en que situación quedan los minoritarios para examinar el funcionamiento de la gestión social? Probablemente una forma de solución esté otorgada por la reforma que la Ley N° 20.382 hizo respecto del art. 51 de la Ley de Sociedades Anónimas, al eximir a la sociedad (anónima cerrada) de la exigencia de nombrar "Inspectores de Cuenta", o más importante aún: "establecer un mecanismo diverso de control", porque ello evidencia que si respecto de la S.A.C. el estándar disminuye, no sería posible incrementarlo respecto de la "SpA", y como se ha anunciado recientemente por la autoridad una reforma al Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas, con el objetivo –en lo que nos interesa– de introducir normas aplicables a la "SpA", probablemente estas situaciones de hecho tengan algún método más uniforme de solución. De otra forma, el recurso del arbitraje –ante una diferencia económica-financiera– que estatuye el art. 441 no parece ser la manera más eficiente de producir la transparencia y el control de la administración en una "SpA" de talante casi parecido al de una S.A. como la propuesta en el ejemplo. Lo último para el intérprete: ¿puede considerarse que en la frase "régimen de administración" que como cláusula mínima contienen los arts. 424 y 425 deba –necesariamente– entenderse que se incluye un sistema de fiscalización de la administración? Consideramos que no; que debe operar la selección natural que realiza el mercado. Que ante una "SpA" como la descrita precedentemente, la natural conducta del inversor será verificar con un mínimo cuidado si existen las instituciones y mecanismos sociales que cautelen los intereses de todos. Máxime si se tiene presente que el art. 446 demanda que en el traspaso de las acciones debe constar una declaración del cesionario en el sentido que conoce la normativa legal que regula este tipo social, el estatuto de la sociedad y "las protecciones que en ellos puedan o no existir respecto del interés de los accionistas", es decir, la propia ley se coloca en la hipótesis de que no haya protecciones a los "intereses de los accionistas". No es aquello sino manifestación expresa de libertad contractual.

La frase “sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza” como prevención a la supletoriedad de las normas de la S.A.C.

Para concluir armónicamente esta exposición de ideas, queda como norma de clausura la disposición del art. 424 inc. 2° del Código de Comercio, que indica que a falta de regla estatutaria, y de disposiciones del Párrafo 8°, la “SpA” *“se regirá supletoriamente y sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, con las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas”*. ¿Qué significado debe dársele a la expresión “naturaleza”? Según el Diccionario de la Real Academia Española, tal vocablo –en las acepciones que nos importan– representa: “(la) esencia y propiedad característica de cada ser” y “(la) virtud, calidad o propiedad de las cosas”. Es decir, el intérprete debe escudriñar qué es la “SpA” para determinar su naturaleza. Por tanto, no es baladí, ni una declaración romántica que el operador jurídico deba obviar al momento de aplicar supletoriamente las normas de la “S.A.C.” a una “SpA”. Si ha de ser riguroso, primero tiene que preguntarse si la apelación a la “naturaleza” es en “abstracto” o “en concreto”. Me explico: si han de existir “propiedades naturales” a toda “SpA”, y la respuesta es sí: se trata de un contrato, o un tipo de contrato de sociedad de capital, de constitución, administración y fiscalización flexibles, y donde prima con especial énfasis la autonomía de la voluntad. Y si en cada “SpA” las particularidades propias de ellas, léase: sistema de administración adoptado, nivel de atomicidad de la propiedad, normas de control, la hacen más o menos parecida a una “S.A.C.”. Si las respuestas de los operadores saltan esas reflexiones, cualquier supletoriedad planteada sin más corresponderá a una *“falsa aplicación de la ley”*.

Por lo pronto, esta norma nos auxiliará, como de hecho hemos venido insinuándolo a través de estas páginas al abordar los tópicos planteados, para inclinar la balanza a la metáfora o símil más exacto de una “SpA”. Bien sea a una sociedad de capital como la “S.A.C.”, cuyas normas por reenvío expreso de la ley resultan aplicables, o si aquellas contravienen la naturaleza, a las demás disposiciones tanto de la sociedad colectiva mercantil (aplicación del art. 22 inciso 1° del Código Civil) como las de la sociedad colectiva civil, en cuyo caso utilizamos la herramienta del art. 2° del Código de Comercio, que nos traslada al Código Civil para buscar la solución de los problemas que nos presenta el Código del ramo (de Comercio).

Conclusiones

La Ley N° 20.190, que introdujo la “SpA”, fue revitalizadora del espacio de libertad contractual en el derecho societario chileno, sobre todo en lo que respecta a su administración, en tanto que ni siquiera configuró un sistema o régimen por “default” a que deban acudir las partes, o la persona que constituya su empresa por medio de este vehículo jurídico.

Que las partes –asimismo– son libres para estipular los pactos complementarios que regulen tanto sus derechos como otras cuestiones que siendo propias de la administración no sean reservadas expresamente a las formas que el mismo Código establece, o que resultando comunes a las disposiciones del derecho societario chileno, deban replicarse en la “SpA” en particular de que se trate.

Bibliografía

Libros

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2007): *La Sociedad Anónima*, (Editorial Jurídica de Chile).
BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, (Editorial Jurídica de Chile).

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2005): *Instituciones de Derecho Comercial* (Editorial Lexis Nexis) Tomo I.

COOTER, Robert, y ULEN, Thomas (2008): *Derecho y Economía*, (Editorial del Fondo de Cultura Económica, México) traducción de Eduardo L. Suárez.

DOBSON, Juan Ignacio (2010): *Interés Societario* (Buenos Aires, Editorial Astrea)

PUELMA ACCORSI, Álvaro (2009): *Sociedades* (Editorial Jurídica de Chile), 3ª edición, Tomos I y II.

Artículos de revistas

BACON, Leigh A. (2001): “Freedom of’ or ‘Freedom from’? The Enforceability of Contracts and the Integrity of the LLC”, en *Duke Law Journal*, Vol. 50, N° 4. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=270235> or doi:10.2139/ssrn.270235

BEBCHUK, Lucian A (1989): “The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law”, en *Columbia Law Review*, Vol. 89, pp. 1395–1415, 1989; Harvard Law and Economics Discussion Paper N° 63. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=552729>

BERNET P., Manuel A. (2004): “El gobierno de las sociedades abiertas”, en *Revista de Derecho*, (Universidad Austral de Chile), Vol. 16, pp. 33–57.

COCHRANE, John (2005): “The Risk and Return of Venture Capital Market”, en *Journal of Financial Economics*, Vol. 75, Issue 1, pp. 3–52. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501570

DÍAZ TOLOSA, Regina I., “Deber de los administradores de in competir con la sociedad anónima que administran” (2007): en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. XX, N° 1, pp. 85–106.

GREENFIELD, Kent (2000): “From Metaphor to Reality in Corporate Law”, en *Stanford Agora*, Vol. 2, 2000. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=254117>.

JARA BAADER, Andrés (2007): *"Sociedades por Acciones, Ley 20.190: Publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de junio de 2007"*, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Vol. 34, N° 2, pp. 251–288.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco J. (2005): *"El Concepto de Control Societario, la Administración de la Sociedad Anónima, los Conflictos de Interés y la Potestad Punitiva de la Superintendencia de Valores y Seguros en el Contexto del Denominado "Caso Chispas" "*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3, pp. 501–537.

RIBSTEIN, Larry E. (2007-2008): *"An Analysis of The Revisited Uniform Liability Company Act"*, en *Illinois Law and Economics Research Papers Series*, Vol. 3, N° 3. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1003805>.

RUTLEDGE, Thomas E. (2004-2005): *"The Lost Distinction Between Agency and Decisional Authority: Unfortunate Consequences of the Member-Managed versus Manager-Managed Distinction in the Limited Liability Company"*, en *Kentucky Law Journal*. Vol. 93, N° 3. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1022327>.

SARROCA POBLETE, José Miguel (2010): *"Las Sociedades por Acciones SpA"*, en *Revista Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), N° 21, enero de 2010, pp. 515–532.

TRANTIS, George (2001): *"Financial Contract Design in the World of Venture Capital"*, en *University of Chicago Law Review*, Vol. 68. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258392.