

## SOBRE LA NECESIDAD DE MODERNIZAR EL DERECHO SOCIETARIO CHILENO A PARTIR DEL FORTALECIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

### *ON THE NEED TO UPGRADE THE CHILEAN CORPORATE LAW FROM BUILDING PARTY AUTONOMY*

M. FERNANDA VÁSQUEZ PALMA\*

**RESUMEN:** En el presente texto se revisa el principio de autonomía de la voluntad en el Derecho societario a partir de diferentes manifestaciones. Se llega a concluir que la legislación chilena carece de una identidad clara en torno a la aplicación del principio en comento, lo que se debe a la coexistencia de tipos sociales inspirados en distintos sistemas político-filosóficos. En tal sentido, se precisa una política legislativa clara que fortalezca este principio y de respuesta a la necesaria renovación y modernización del sistema societario.

**Palabras clave:** Autonomía de la voluntad. Modernización Derecho societario. Derecho chileno.

**ABSTRACT:** In this article the principle of autonomy in corporate law from different manifestations is reviewed. You come to the conclusion that the Chilean law lacks a clear identity around the principle in question, which is due to the coexistence of different social types inspired political philosophical systems. In this regard, a clear legislative policy that strengthens this principle and necessary response to corporate renewal and modernization of the system is required.

**Key words:** Freedom of choice. Modernization corporate law. Chilean law

### INTRODUCCIÓN

En el marco del proceso de modernización que ha experimentado en estas últimas décadas el Derecho societario, el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad se ha convertido en un eje central. El análisis de esta relación cruza diferentes materias que van desde la propia construcción tipológica, la redacción de los estatutos, la libertad de establecimiento, delimitación y ejercicio de los derechos de los socios, causales de disolución, gobierno corporativo, entre otras. De modo general, el avance de este principio en terrenos societarios se podría concebir como un nuevo enfoque cultural que pretende una reinter-

---

\* Profesora Asociada Derecho privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Dirección postal: Avenida Lircay s/n – Dirección Postal – 2 Norte #685, Talca. Dirección electrónica: mfvasquez@utalca.cl

Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación Fondecyt regular N° 1130376, titulado “La modernización del Derecho societario en Chile: Un análisis sincrónico a partir de las políticas legislativas adoptadas en Derecho comparado”, del que la autora es investigadora responsable. Se agradece al Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología el apoyo a esta investigación.

pretación del esquema clásico, generando un amplio debate entre el contractualismo y el institucionalismo, de la mano de las nuevas concepciones de la empresa vinculadas al análisis económico del derecho<sup>1</sup>.

Esta pretensión se ha traducido en diversas reformas realizadas en Derecho comparado, precedidas por informes, comunicaciones sobre la materia, resoluciones<sup>2</sup> y una consistente contribución doctrinal<sup>3</sup>. En este contexto, merecen un lugar destacado el Informe Cadbury (1992)<sup>4</sup>, que plantea que una excesiva legislación sobre el tema societario podría mermar la competitividad y la libertad de las actividades empresariales, así como influir negativamente en las iniciativas económicas, por lo que defiende la efectividad de la autorregulación; y el Informe Winter (2002) que luego de analizar variadas aristas sobre esta temática, propone, entre otras medidas, una nueva clasificación de sociedades de capital, de manera de entregar a las sociedades no cotizantes más espacio a la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones entre la sociedad y sus accionistas<sup>5</sup>. Desde el escenario jurisprudencial, han colaborado en este proceso las sentencias emanadas del Tribunal europeo sobre libertad de establecimiento<sup>6</sup>, las que subrayan la importancia de facilitar la transferencia internacional de la sede de una sociedad en base a un aumento de la autonomía de la voluntad en su constitución y consiguiente elección de la *lex societatis*. En el plano legislativo, este proceso global se cristaliza a partir de la creación de nuevos tipos

<sup>1</sup> Sobre el tema, véase: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2002) p. 162.

<sup>2</sup> Véase: Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994 "Sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros", DOCE, C 158 de 26 de junio de 1989; y DOCE C 295 de 25 de julio de 1994. También debe mencionarse la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros de noviembre de 2001, así como la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro (2005/2022).

<sup>3</sup> Solo a modo de ejemplo, podríamos mencionar como hitos significativos: la Comunicación de 21 de mayo de 2003 de la Comisión sobre Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un plan para avanzar"; el informe sobre "La evolución reciente y las perspectivas en materia de Derecho de sociedades", de 26 de junio de 2006; y el Tratado de Lisboa de fecha 13 de diciembre de 2007, que intenta progresar en la unificación del Derecho privado europeo a través de un Código Civil único que implicaría la creación de un nuevo Derecho aplicable tanto a las situaciones internas como a las intracomunitarias y que ha alcanzado un reflejo en diversas Resoluciones del Parlamento Europeo. SÁNCHEZ CALERO (2003) pp. 396-400; GARRIDO (2003) pp. 111-124; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Y SÁNCHEZ (2004) pp. 189 y ss.; DIEZ-PICAZO *et al.* (2002); SÁNCHEZ LORENZO (2003); SÁNCHEZ LORENZO (2002) pp. 193 y ss.

<sup>4</sup> A este texto británico le han seguido una verdadera avalancha de diversos informes que esencialmente tienen el mismo propósito: en Canadá, el Informe Dey (1994), en Francia el Informe Vienot (1995 y 1999), en España, el Informe de la Comisión especial para el estudio del Código ético de los Consejos de Administración de Sociedades difundido como Informe Olivencia (1998) y en Italia, el Informe de la Asociación Disianmo Pretite (1996). La mayoría de estos informes centran su análisis en la administración y control de las sociedades y en cuanto a su metodología, establecen recomendaciones para las sociedades anónimas cotizadas cuyo grado de cumplimiento será valorado por el mercado y no impuesto por la ley.

<sup>5</sup> AZOFRA (2003).

<sup>6</sup> Destacan, sin lugar a dudas, las sentencias del TJCE "Centros" (Centros Ltd. C. Erhvers -org Selskabstyreslsen") de fecha 9 de mayo de 1999, Asunto C-212/97; "Uberseering" (Uberseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GMBH), de fecha 5 de noviembre de 2002, Asunto C-208/00"; e "Impire Art Ltd.", de fecha 30 de septiembre de 2003. Antes de ellas, no puede olvidarse a la célebre Sentencia Daily Mail de fecha 27 de septiembre de 1988 ("The Queen c. H.M. Treasury and Commissions of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC").

societarios, reforzando la flexibilidad en su formación y funcionamiento, fortaleciendo, de este modo, la autonomía privada<sup>7</sup>.

Llegados a este punto, veremos que la legislación societaria chilena se ha construido de manera parcelada de acuerdo a las necesidades que han imperado en los distintos momentos históricos, por lo que en la actualidad disponemos de un sistema societario fragmentado en diferentes cuerpos normativos, carente de toda sistematización que no ha sido revisado en su globalidad. Se colige, de este modo, la ausencia de una política legislativa coherente lo que nos invita a reflexionar sobre esta temática en aras de propiciar su perfeccionamiento. En este orden de ideas surgen múltiples preguntas: ¿Cómo se ha recogido este principio en el Derecho societario chileno? ¿Qué cambios se han realizado en esta materia en los últimos años? ¿Se precisa su incremento y fortalecimiento? ¿En qué debiera traducirse este esfuerzo? ¿Cuáles son las posibles ventajas que ello provocaría?

El análisis del rol que la autonomía privada tiene o debiera tener en el Derecho societario chileno, sus manifestaciones y limitaciones, constituyen preguntas actuales insoslayables. Esta materia no ha sido mayormente abordada por nuestra doctrina, de manera que esperamos que el presente artículo contribuya en esta dirección. Como prevención, debemos precisar que –dados los propósitos del presente artículo– nos abocaremos a la revisión de aspectos concretos. En base a ello, y considerando las tesis de la modernización del Derecho societario, analizaremos los pasos que debiéramos dar para forjar un sistema normativo más coherente, consistente y competitivo.

## I. PRIMERA MANIFESTACIÓN: LA AUTONOMÍA EN LA TIPICIDAD SOCIETARIA

### 1. ASPECTOS HISTÓRICOS QUE CONTEXTUALIZAN ESTA MATERIA

De un modo general, cabe recordar que el derecho debe servir como un cauce que permita a la persona alcanzar sus fines naturales tanto en su esfera individual como en su sociabilidad, lo que implica reconocer las facultades que le asisten para crear reglas jurídicas<sup>8</sup>. Esta libertad se traduce en un doble aspecto: a) para regular sus ámbitos de libertad, y b) como poder de actuación sobre las situaciones jurídicas que caen bajo su esfera de dominio, lo que equivale a la distinción entre libertad de negociar y libertad negocial<sup>9</sup>. Al hablar de autonomía de la voluntad en sede contractual hacemos referencia al poder de autorregulación de las propias situaciones y relaciones jurídicas, y a la posibilidad del individuo de determinar por sí mismo el contenido del contrato o de crear figuras contractuales atípicas.

Este principio presenta connotaciones muy particulares en el Derecho societario, toda vez que normalmente los sistemas jurídicos prevén un sistema de tipicidad taxativa que circunscribe las formas que las sociedades tienen que asumir obligatoriamente, derivado de ello, las partes no pueden crear otras figuras sociales a las predispuestas legalmente, lo que no obsta a la creación de otros contratos asociativos, incluso con un comportamiento

<sup>7</sup> GUYON (2002) p. 7.

<sup>8</sup> CORRAL (1990) pp. 320 y ss.

<sup>9</sup> Véase: LÓPEZ (2005) pp. 268-269.

análogo al societario, pero que no serán reconocidas como tales<sup>10</sup>. Al revisar los aspectos históricos vemos que en el Derecho societario, el mayor o menor reconocimiento de la autonomía privada liga con la interacción entre el Estado y la empresa, definiendo el rol que tendrá el primero respecto de la segunda. En esta línea, es posible diferenciar al menos tres enfoques que han orientado la comprensión de esta relación, el primero de ellos se sitúa en el Estado liberal burgués, el segundo en el Estado social del Derecho y el tercero en el Estado neoliberal; en la primera etapa se enaltecó la autonomía, en la segunda se reprimió y en la tercera volvió a reaparecer, provocando un péndulo que hace variar la visión que se tiene respecto del Derecho societario<sup>11</sup> y el rol de la autonomía de la voluntad en la configuración del mismo. En este vaivén se han sucedido las dos tesis paradigmáticas: el "contractualismo" y el "institucionalismo". La primera, que ha renacido con más fuerza, considera la posibilidad de adaptar la sociedad a las nuevas realidades económicas y la necesidad de abandonar los presupuestos doctrinales que alimentan la imperatividad de fondo con el objeto de lograr un modelo más productivo<sup>12</sup>. De la mano de ello, se ve a la sociedad como un espacio de innovación contractual en el cual se desarrolla la ordenación privada de los intereses en juego, entendiendo a las sociedades como instituciones de naturaleza predominantemente económica, donde la autonomía pasa a ser una herramienta fundamental para crear y reconstruir.

De lo anterior resulta claro que el Derecho de sociedades ha sido el resultado de las tendencias económicas predominantes en un contexto histórico determinado, lo que conlleva a reconocer que el diseño legislativo está supeditado al paradigma vigente en un determinado momento. En la época actual, debemos atender al fortalecimiento de este principio a fin de procurar brindar a las personas mecanismos más competitivos y flexibles en la creación de su empresa.

## 2. LA TIPICIDAD SOCIETARIA: NECESARIA REVISIÓN Y RENOVACIÓN

Al contrario de lo que se manifiesta en otros ámbitos del Derecho, en materia societaria se tipifica lo permitido<sup>13</sup>, es decir, determinadas condiciones legales que deben cumplir los sujetos a fin de enmarcar sus relaciones jurídicas bajo una forma societaria<sup>14</sup>, lo que si bien no elimina la libertad de las partes la disminuye notablemente. La tipicidad societaria se presenta como la disciplina legislativa particular impuesta a las sociedades que permite diferenciar una de otra a través de ciertos requisitos esenciales que le son propios<sup>15</sup>. Se trata de un elenco de formas jurídicas recogidas en un determinado ordenamiento, con el objeto que los particulares escojan alguna de estas figuras de acuerdo a sus intereses y necesidades<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> A modo de ejemplo, el artículo 507 y siguientes del CCo., regula "La asociación o cuentas en participación".

<sup>11</sup> Sobre estos y otros aspectos históricos, puede consultarse: CORDOVA (2000).

<sup>12</sup> Sobre este tema, véase: PAZ - ARES (1997) pp. 163-164.

<sup>13</sup> Véase: FAVIER (1991) p. 476.

<sup>14</sup> MASFERRER (2006) p. 1.

<sup>15</sup> RICHARD Y MUIÑO (1997) p. 49.

<sup>16</sup> Los tipos diseñados cumplen legalmente al menos tres objetivos: en primer lugar, prever un sistema completo de normas que pueden ser aplicadas supletoriamente cubriendo así las contingencias no previstas por las par-

Los sistemas societarios han recogido la tipología como un modelo fraccionado debido a los factores históricos que han incidido en dicha construcción y la necesidad de responder a ciertos objetivos específicos<sup>17</sup>. A estos efectos, se ha precisado una labor legislativa que fije un núcleo básico de elementos diferenciadores de modo que se pueda deducir de ellos un concreto perfil que la individualice efectivamente en el tráfico<sup>18</sup>, donde las normas imperativas tienen un rol fundamental, pues su mayor o menor extensión está en constante tensión con el principio de autonomía de la voluntad. Frente a ello debiera tenerse claridad sobre su real necesidad, a fin de determinar su eficacia y validez<sup>19</sup>. En este contexto, la autonomía se ha estimado como algo concedido y no natural del contrato de sociedad, lo que ha provocado entender la libertad contractual como un elemento del tipo social; es decir, la autonomía se reconoce en la medida que ello se permita por la normativa.

La invención de figuras asociativas no reconducibles a ningún tipo societario pone en jaque la autonomía de la voluntad, lo que se conoce como “atipicidad societaria”. Su problemática se comprende a partir de la **identificación** de estas figuras, esto es, su calificación como genuinas sociedades; y, por otro, su admisibilidad y, en su caso, el régimen que haya de aplicarse<sup>20</sup>. En general, la creación de figuras societarias atípicas ha sido rechazada por los distintos ordenamientos jurídicos en aras de evitar que ello desemboque en la facultad de disponer de la vertiente externa de la sociedad, sobre todo en lo que atañe al asunto de la responsabilidad ante terceros. Contrarrestando esta limitación se ha precisado que junto al principio de la taxatividad de los tipos societarios rige el de elasticidad, de manera que si bien el régimen societario impide la adopción de estructuras distintas a las tipificadas no consagra su “rigidez”, pues estos pueden ser modificados a través de la inserción de cláusulas atípicas en la medida que esa facultad esté disponible<sup>21</sup>. A partir de lo anterior, se sostiene con acierto que la autonomía privada no opera por fuera de los tipos legales sino en su seno, y por ello no se presenta como libertad de invención, sino como libertad de configuración, lo que implica la facultad de dar al contrato el contenido deseado por los celebrantes o crear una regulación no prevista por la ley.

---

tes de un contrato de sociedad y reconstruyendo la voluntad que subyace del contrato de sociedad; en segundo lugar, ofrecer al operador jurídico la posibilidad de combinar elementos propios de otras formas societarias, de manera tal que puedan adaptar los tipos legales a sus necesidades; y en tercer lugar, facilitar que los terceros que se relacionan con la sociedad conozcan los riesgos que asumen y la responsabilidad a la que se enfrentan sus gestores. Por otra parte, atribuyen a la sociedad ciertos rasgos característicos, así como organizar las relaciones jurídicas internas de los sujetos según determinadas estructuras o esquemas de relación previstos legalmente en forma taxativa. En consecuencia, por tipicidad debe entenderse el ajuste de la estructura, es decir de la forma, a cualquiera de las especies reglamentadas por la legislación. GÓMEZ (2010) p. 179; ZALDÍVAR (1978) p. 25; COLOMBRES (1972) p. 61.

<sup>17</sup> La historia nos muestra que la creación de nuevas figuras intenta introducir formas de organización más acordes con las realidades del tráfico económico. Así, por ejemplo, ocurrió con la sociedad de responsabilidad limitada, cooperativas, y otras sociedades modernas como la sociedad de garantía recíproca. Véase: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2010) p. 34

<sup>18</sup> Véase: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2010) p. 50.

<sup>19</sup> Para un completo estudio de esta materia, véase: ESPINA (2003).

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2010) p. 45.

<sup>21</sup> EMBID (2013a) pp. 13-14.

Ahora bien, las cláusulas atípicas serán lícitas y, por tanto, válidas, hasta cuando no modifiquen el contenido esencial predispuesto por el legislador o no deroguen normas identificatorias del tipo social<sup>22</sup>. Aquí enfrentamos un dilema aún más complejo que liga con la correcta delimitación de los principios configuradores de las sociedades<sup>23</sup> y los fundamentos que permiten validar esta clásica ordenación. Respeto de la primera inquietud, debemos considerar las normas imperativas que rigen al tipo, pues ellas debieran dar cuenta de una valoración legislativa sobre cómo deben ser regulados los intereses concurrentes desde el punto de vista de justicia material del contrato. En cuanto a los fundamentos, estos parecen residir en una visión más bien política, que tiende a considerar los tipos sociales como figuras consolidadas, donde el legislador se ha convertido en una especie de garante de la funcionalidad del orden societario, de manera que se les atribuye un cierto carácter vinculante que naturalmente acaba interponiendo una barrera difusa al desarrollo de la autonomía privada<sup>24</sup>. Esta afirmación no es pacífica, pues perfectamente podría pensarse que el legislador no está en mejores condiciones que las partes para dotar a la sociedad de reglas adecuadas y eficientes. Sobre esta base habría que entender que lo que realmente justifica esta intervención reside en el necesario resguardo que debe brindarse a los terceros lo que también ha ido cambiado de acuerdo a los tiempos.

Frente a esta realidad, parece evidente la necesidad de efectuar una revisión y renovación tipológica modernizando y unificando los elementos normativos, considerando en ello mayores posibilidades de ejercicio de la libertad contractual en todos los casos<sup>25</sup>. En esta línea, los principios configuradores del tipo, así como las normas imperativas que lo rigen, debieran ser analizados en cuanto a su utilidad y pertinencia, a fin de no afectar injustamente la libertad de las partes. En esta línea, en los últimos años se han elaborado figuras societarias más acordes con las exigencias de la empresa moderna donde la flexibilidad ha ido ganando espacio instalándose como un eje neurálgico de un proceso modernización más amplio. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la sociedad anónima simplificada (SAS) francesa de 1994 que ha sido imitada por otros sistemas jurídicos, como ocurre con la SAS de Colombia (2008) y la sociedad por acciones de Chile (2007). Estas sociedades se caracterizan por un contenido híbrido, en tanto recogen la libertad contractual de las sociedades de personas, con la limitación de responsabilidad de las sociedades de capitales. Se suman a ello menores rigurosidades para su constitución, así como mayores oportunidades de plasmar su voluntad en la configuración y organización societaria. Además de ello, se ha planteado, acertadamente a nuestro juicio, la necesidad de diferenciar las sociedades que cotizan en el mercado de valores de aquellas que no lo hacen, debiéndose reconocer en estas últimas una mayor base contractual<sup>26</sup>. De este modo, la orientación actual de derecho societario comparado es atribuir a la autonomía de la voluntad un espacio más fortalecido<sup>27</sup>,

<sup>22</sup> FRIDMAN (2005) p. 2; MASFERRER (2006) pp. 3-4.

<sup>23</sup> Véase: ROBLES (2003) pp. 683-718.

<sup>24</sup> En este sentido, véase: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2010) p. 46

<sup>25</sup> PAZ-ARES (1997) pp. 252-256.

<sup>26</sup> MADRID (2010a) p. 479; TAPIA (2010) p. 2.

<sup>27</sup> Desde comienzos de los años treinta, el modelo de la "*securities regulation*" descansa sobre una disciplina más rigurosa, dictada en interés de los terceros acreedores y del público inversor, a la que se ha anudado el "*pu-*

lo que debiéramos considerar en el diseño de los tipos societarios recogidos en el Derecho chileno.

### 3. LA TIPICIDAD SOCIETARIA EN CHILE

Las sociedades en Chile tienen su fuente en el Código civil, Código de comercio y leyes especiales. El primero regula dos tipos societarios de personas: sociedades colectivas y en comanditas civiles; mientras que el Código de Comercio hace lo propio con las sociedades colectivas comerciales, en comanditas comerciales y sociedades por acciones. A ellos debemos agregar la ley 3.918 (1923) sobre sociedades de responsabilidad limitada (civil y comercial); la ley 18.046 (1981) sobre sociedades anónimas; y la ley 19.857 (2003) sobre empresa individual de responsabilidad limitada, que si bien no es calificada normativamente como sociedad, su comportamiento es similar al de una sociedad unipersonal. De una lectura simple de estos textos se advierte que cada tipo societario presenta unos rasgos y principios particulares, que se acomodan a las disímiles necesidades que se tuvieron en vista al momento de su creación<sup>28</sup>. Adicionalmente, debemos agregar a la sociedad de garantía recíproca que nace con la ley 20.179, publicada el 20 de junio de 2007, por la cual se establece un marco legal para la constitución y operación de las instituciones de garantía en general y de las sociedades anónimas de garantía recíproca (IGR) en particular<sup>29</sup>. La particular fisonomía que el legislador le asigna a la SGR implica que esta puede constituirse con una vocación estrictamente mutualista para afianzar, como ya se dijo, las obligaciones contraídas por sus accionistas en el ejercicio de sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales. En tales casos las sociedades de garantía recíproca no presentan mayores diferencias en cuanto al capital social y a la responsabilidad de los socios por deudas sociales; pero en lo que se refiere a los derechos de los socios predomina un carácter mutualista que las aleja de la concepción recién apuntada, en donde la persona del accionista constituye un elemento esencialmente fungible de la sociedad de capital<sup>30</sup>.

La autonomía de las partes, en relación a este catálogo, se basa fundamentalmente en la posibilidad de elección entre estas figuras societarias; si las partes crean otros tipos asociados ellos no gozarán de personalidad jurídica, pues para que ello ocurra la sociedad debe

*blic offering*” de los títulos, dado lugar a una regulación específica en esta materia (*Public corporation*). FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2002) pp. 186-187.

<sup>28</sup> En general, los cambios legislativos realizados en los últimos años se han ocupado de la creación de nuevas figuras, como son las sociedades de responsabilidad limitada (1923); la sociedades anónimas (1981); la empresa individual de responsabilidad limitada (2003); y la sociedad por acciones (2007). Esta última es, sin duda, la más relevante (Arts. 424 y siguientes del Ccom.), pues este cuerpo normativo presenta un carácter fuertemente dispositivo junto con permitir la unipersonalidad y una mayor flexibilidad en su constitución. Otras reformas han apuntado al perfeccionamiento de las sociedades anónimas (Ej. LEYES 19.705, 19.769, 19.806, 20.190, 20.382), la creación de un sistema de saneamiento de nulidades societarias (LEY 19.499), normas que agilizan los trámites para el inicio de actividades de nuevas empresa (LEY 20.494), y que simplifican el régimen de constitución, modificación y disolución de la varios tipos societarios (20.659).

<sup>29</sup> En Iberoamérica ya son más de 20 Estados que poseen legislación referente a este tipo de sociedad las que se origina principalmente debido a la reforma que se realiza en la ley española de 1994, entre los que podemos señalar Portugal, Argentina, Venezuela, Brasil, Uruguay, el Salvador, Nicaragua, en Honduras, Guatemala, República Dominicana, Bolivia y Paraguay se están produciendo los primero impulsos legislativos.

<sup>30</sup> Sobre el tema, véase: JEQUIER, (2012) pp. 71-128.

ser constituida de conformidad a la ley (Art. 19 N°15 de la CP y 2053 CC), de manera que al igual como ocurre en el Derecho comparado, el régimen de tipicidad es taxativo e imperativo<sup>31</sup>.

El sistema societario chileno carece de una política legislativa clara a la hora de brindar un rol a la autonomía de la voluntad. Los cambios propiciados en los últimos años ligan más bien con una actitud pragmática que intenta responder a problemas concretos, sin realizar un análisis conjunto de los tipos societarios. En otras palabras, hoy existe un marco normativo fragmentado, incompleto e inconsistente lo que reclama una urgente revisión de parte del legislador con el fin de propiciar la creación de una política legislativa coherente y moderna que considere mayores dosis de autonomía a los socios en la configuración de su empresa. En ello debe considerarse que algunos de estos tipos presentan escasa aplicación práctica y otros no se han actualizado lo que debiera llamar a reflexión sobre las razones de esta realidad<sup>32</sup>. En un esfuerzo de comprender esta temática y colaborar en este análisis, realizamos un estudio recogiendo los datos disponibles en los últimos diez años, de aquel se desprende que los tipos societarios mayoritariamente elegidos<sup>33</sup> son las sociedades de responsabilidad limitada (SRL) y sociedad por acciones (SpA). Este es un dato relevante si consideramos que en ambos casos el principio de autonomía de la voluntad es elevado a categoría fundamental<sup>34</sup>, lo que nos fuerza a deducir que este es un factor relevante para los socios a la hora de elegir la estructura societaria.

Más allá de ello, debemos considerar que si bien los principios configuradores de cada tipo societario no siempre se encuentran bien delineados, podemos observar que los puntos diferenciadores residen fundamentalmente en la posibilidad de transmitir las cuotas sociales, la responsabilidad de los socios frente a las deudas sociales, la forma de administración societaria, las causales y forma de disolución, tipos de aportes, razón social, formalidades de constitución, menciones que debe contener el estatuto social y número de socios<sup>35</sup>. Muchas de estas distancias parecen injustificadas hoy en día, de manera que habría

<sup>31</sup> En general, existe amplia libertad para las partes en orden a escoger el tipo societario, la excepción está dada por ciertos objetos que se encuentran ligados a tipos societarios concretos. Por ejemplo, la actividad bancaria, de seguros, entre otras, deben constituirse por medio de sociedades anónimas especiales. Véase artículos LEY 18.046 de 1981.

<sup>32</sup> Vemos con asombro cómo aún no se realizan estudios estadísticos sobre la utilización de los tipos societarios en Chile, lo que en gran parte se explica por la ausencia de un Registro mercantil unificado de sociedades. Solo es factible acceder a datos parcelados a partir del *Diario Oficial*, sobre las sociedades que deben publicarse en este sitio, mas este registro no es público. El único registro creado a estos efectos es aquel de las sociedades constituidas mediante formularios electrónicos (LEY 20.659, 2013), sin embargo aquel solo informa sobre esta modalidad de constitución, y no sobre la tradicional, de manera que existe un evidente vacío sobre esta materia que esperamos pueda enmendarse en un futuro cercano

<sup>33</sup> Anexo N° 1. Cuadro elaborado a partir de la información publicada por el *Diario Oficial* en los últimos 10 años.

<sup>34</sup> En efecto, si bien la SRL (creada en 1923), no tuvo por objeto la simplificación y flexibilización de estas materias, a diferencia de lo que aconteció con la SpA, de factura muy reciente (2007), su flexibilidad se aprecia por la ausencia de un entramado normativo de carácter imperativo. En lo que respecta a la SpA tal lineamiento es expreso. Sobre la autonomía en las SpA véase: PUGA (2011) pp. 721-725.

<sup>35</sup> Sobre el tema, véase entre otros a: VV.AA. (SANDOVAL, 2010; PUELMA, 2001; MORAND, 2010; VÁSQUEZ, 2013).

que analizar la conveniencia de brindar una arquitectura normativa unificada que colabore en la relectura de los tipos societarios y sus rasgos caracterizadores a fin de hacerlos más congruentes, eficientes y modernos. En este proceso es donde debe plasmarse mayores dosis de autonomía de manera de conferir a los socios herramientas más flexibles en la configuración de la empresa.

## II. SEGUNDA MANIFESTACIÓN: LA AUTONOMÍA EN LA CONSTITUCIÓN Y CONFIGURACIÓN SOCIETARIA

### 1. LA AUTONOMÍA EN LOS ESTATUTOS SOCIALES

Los estatutos están destinados a regular los aspectos básicos de la configuración y funcionamiento interno de la sociedad<sup>36</sup>, desde el proceso fundacional hasta que la sociedad se extingue, considerando en este camino las múltiples modificaciones que los socios pueden realizar a fin de ajustar la organización y el funcionamiento de la sociedad a las circunstancias que así lo requieran<sup>37</sup>. Es la ley la que establece los elementos esenciales que debe contener cada estatuto lo que se debe a la dimensión organizativa que refleja la vertiente institucional de toda sociedad<sup>38</sup>. En este contexto, la autonomía de la voluntad tendrá un mayor o menor reconocimiento según la cantidad de normas imperativas que existan en su configuración, las que para su validez y eficacia debieran fundarse en los elementos esenciales del tipo o la protección de intereses públicos.

Tal como advertimos más atrás, siguiendo una tendencia contractualista<sup>39</sup>, hoy se reclama una mayor desregulación por medio de la reducción del ámbito del derecho imperativo, lo que debe traducirse en un aumento de la libertad de las partes a fin de adecuar los estatutos societarios a las particularidades de cada empresa<sup>40</sup>. Esta idea se ha cristalizado, por ejemplo, en la creación de nuevos tipos societarios, como ocurre con la sociedad por acciones simplificada de Francia (1994, modificada en 1999 y en 2001)<sup>41</sup>; Alemania hizo lo propio con la ley de la pequeña sociedad por acciones y desregulación del derecho accionario de 1994<sup>42</sup>; e Italia con la Ley delegante de 2001 que incluyó, entre los principios generales a seguir, la simplificación de las sociedades teniendo en cuenta las exigencias de las empresas y del mercado<sup>43</sup>. La Unión Europea, a su vez, ha dirigido sus mayores esfuerzos hacia aquellas medidas que pueden facilitar la libertad de movimiento y posibilidades de organización de las empresas en el mercado interior, considerando al mismo tiempo las nuevas exigencias de una economía globalizada. En este contexto se enmarca la creación de la Sociedad Anónima Europea cuyo régimen se contiene en dos normas jurídicas distintas: el Reglamento (CE) n° 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima

<sup>36</sup> NAVARRO (2011) p. 198; FRIDMAN (2005) p. 2.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2010) p. 859; EMBID (2013b) pp. 433-459.

<sup>38</sup> EMBID (2013b) pp. 433-459.

<sup>39</sup> Decantándose por una posición contractualista, véase: ALCALDE (2003) pp. 113-128.

<sup>40</sup> EMBID (1999) p. 153.

<sup>41</sup> ESTEBAN (1994) pp. 438.

<sup>42</sup> ESCRIBANO (1994) p. 350.

<sup>43</sup> FRIDMAN (2006) p. 3.

nima Europea, en adelante RESE<sup>44</sup>, y la Directiva 2001/86/CE del Consejo, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, de 8 de octubre de 2001 (DITSE)<sup>45</sup>. A partir de ella, las empresas tienen a su disposición un instrumento para conseguir una "organización y funcionamiento comunitario" y encauzar la difícil cuestión de la implicación de los trabajadores<sup>46</sup>.

Estas y otras construcciones legislativas tienen un hilo conductor común que consiste precisamente en generar un mayor espacio de libertad contractual necesario para adaptar a las empresas a los cambios económicos que se producen en la actualidad<sup>47</sup>.

En Chile la autonomía de voluntad en los estatutos tiene un componente variable de acuerdo a cada tipo societario y las distintas normas imperativas que lo regulan<sup>48</sup>. Si revisamos el elenco de estas normas, veremos que ellas son más abundantes en las sociedades anónimas (SA)<sup>49</sup> y livianas en los restantes tipos societarios lo que se vincula a la forma de financiación y la protección de intereses de terceros<sup>50</sup>. En este camino, consideramos que debiera revisarse la arquitectura normativa en cuanto a su validez y eficacia, tal como expresamos antes, y distinguirse la normativa aplicable a las sociedades anónimas, flexibilizando y confiriendo un mayor grado de autonomía de la voluntad a las sociedades que no cotizan en el mercado de valores<sup>51</sup>, dejando reservadas para estas últimas aquellas de naturaleza imperativa por los intereses que debe proteger<sup>52</sup>.

En cuanto a la modificación de los estatutos, debemos distinguir los quórum necesarios para adoptar cada una de las decisiones. En las sociedades de personas los estatutos pueden modificarse por la mayoría de votos computada según contrato, y si en esta nada se hubiere estatuido sobre ello, decidirá la mayoría numérica de socios, excepto en los casos en que la ley o el contrato exijan unanimidad o conceden a cualquiera de los socios el derecho a oponerse a los otros. La unanimidad es necesaria para toda modificación substancial del contrato, salvo cuando este estatuya otra cosa<sup>53</sup>. Las limitaciones dicen relación con el carácter *intuitu personae* de estas sociedades, por ejemplo, en la imposibilidad de incorporar a terceros a la sociedad sin el consentimiento de sus consocios (art. 2088 CC)<sup>54</sup>, mas, no

<sup>44</sup> DO L 294 de 10 de noviembre de 2001, pp. 1 y ss.

<sup>45</sup> DO L 294 de 10 de noviembre de 2001, pp. 22 y ss.

<sup>46</sup> Son ilustrativos, a este respecto, los 7 primeros Considerandos de la Exposición de Motivos.

<sup>47</sup> Este reclamo de mayor libertad estatutaria, aparece claramente establecido en el Informe Marini sobre la "Modernización del derecho de sociedades comerciales" de Francia (1996), al afirmarse que "la armadura legislativa ha conducido a un desfasaje entre el derecho y la práctica de enojosas consecuencias. Desemboca, en efecto, en una desvalorización de la ley. Esta tiende a reducirse a un formalismo vacío de sentido, inútil y costoso". Véase: PAILLUSSEAU (1997) p. 1419

<sup>48</sup> Véase: Art. 352 CCom; 425 Ccom; art. 3° Ley 3.918, de 1923 y art. 4° Ley 18.046, de 1981.

<sup>49</sup> Al respecto, el artículo 137 de la LSA establece: "Las disposiciones de esta ley primarán sobre cualquiera norma de los estatutos sociales que les fuera contraria".

<sup>50</sup> Anexo N° 2.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2011) pp. 49-58.

<sup>52</sup> AZOFRA (2003).

<sup>53</sup> Véase: art. 2054 CC, 350 y 404 N°3 CCom.

<sup>54</sup> Así fue resuelto por la Corte Suprema con fecha 3 de abril de 2012, en causa *ZAMORA CON SOC. AGRÍCOLA Y GANADERA CHALACO LTDA (2012)*.

existe claridad absoluta sobre las posibilidades que plantea este precepto, lo que sería recomendable dilucidar de *lege ferenda*<sup>55</sup>. En las sociedades de capital, en cambio, el quórum para realizar modificaciones varía dependiendo de la concreta materia (por ejemplo, art. 67 LSA), sin embargo, no se exige unanimidad<sup>56</sup>.

Más allá de la estructura normativa, la autonomía debe enfrentar otros problemas de índole práctico. El primero se vincula con el uso efectivo de esta libertad de configuración estatutaria, pues normalmente se recurre al uso de formularios redactados previamente, que convierten a los estatutos en documentos casi irrelevantes a la hora de conocer la concreta ordenación de una determinada sociedad. No se trata solo de la realidad jurídica chilena, sino de una tendencia general en Derecho comparado<sup>57</sup>. A la intensificación de este planteamiento ha venido a contribuir, en fechas recientes, el criterio, comúnmente aceptado, de simplificar los trámites fundacionales de las sociedades por medio del empleo de formularios electrónicos, a fin de abreviar y simplificar el tiempo requerido para su efectiva constitución. El legislador chileno adoptó en este punto la ley 20.659, sobre constitución, modificación y disolución de ciertas sociedades<sup>58</sup>, que rige desde 2013<sup>59</sup> y ha tenido una sostenida utilización<sup>60</sup>. Este formato tiende a reducir de manera inevitable el juego efectivo de la autonomía de la voluntad en cada una de las fases permitidas, mediante procedimientos clónicos, sin más diferencia que su denominación y algunos cuantos datos sociales, lo que debe llamarnos a reflexión. Aun cuando no existen limitaciones respecto de los montos involucrados, sino solo de tipos sociales (art. 2° Ley 20.659), podemos advertir que este tipo de constituciones es predominante en el ámbito de las empresas de poco capital<sup>61</sup>, de manera que todo parece indicar que la autonomía de la voluntad, al menos la que se expresa en las cláusulas estatutarias, disfruta de un mayor protagonismo en las sociedades de ma-

<sup>55</sup> Véase art. 350 Ccom.

<sup>56</sup> Para el caso de las SpA, el art. 427 del CCom. plantea que las disposiciones del estatuto social serán modificadas por acuerdo de la junta de accionistas. No se requerirá la celebración de la junta antedicha si la totalidad de los accionistas suscribieren una escritura pública o un instrumento privado protocolizado en que conste tal modificación.

<sup>57</sup> EMBID (2013b) p. 441.

<sup>58</sup> No se aplica a las sociedades anónimas abiertas o especiales, como tampoco a las sociedades legales mineras y a otras personas jurídicas no societarias. El Manual de Operaciones establecido en el Decreto Supremo N° 45 de 2013, que aprueba el Reglamento de la Ley 20.659 dispone que los usuarios pueden ingresar al Registro de Empresas, indistintamente a través de las siguientes direcciones: [www.registroempresas.cl](http://www.registroempresas.cl), [www.tuempresaenun-dia.cl](http://www.tuempresaenun-dia.cl), [www.registrosociedades.cl](http://www.registrosociedades.cl), [www.registrodeempresas.cl](http://www.registrodeempresas.cl), y [www.registrodesociedades.cl](http://www.registrodesociedades.cl)

<sup>59</sup> Historia de la LEY N° 20.659, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. En [http://www.leychile.cl/consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=xx1&nro\\_ley=20659&anio=2013](http://www.leychile.cl/consulta/portada_hl?tipo_norma=xx1&nro_ley=20659&anio=2013) [visitado el 16 de julio de 2013].

<sup>60</sup> Según lo establecido en el artículo 2° transitorio, la creación de otro tipo de sociedades se encuentra diferida en el tiempo: Sociedad de Responsabilidad Limitada (mayo de 2013), Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (octubre de 2013), Sociedad por Acciones (junio de 2014), Sociedad Colectiva Comercial, Sociedad en Comandita Simple y Sociedad en Comandita por Acciones (junio de 2015), Sociedad Anónima Cerrada y Sociedad Anónima de Garantía Recíproca (junio de 2016).

<sup>61</sup> <http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2013/06/Boletin-Empresa-en-un-Dia.pdf> [Fecha de consulta: 20 de junio de 2014].

por dimensión empresarial y paradójicamente pierde relevancia, en beneficio de cláusulas estatutarias estándar, en las sociedades de menor tamaño<sup>62</sup>.

Con todo, hemos de advertir que no existen estudios que den cuenta de la real utilización de estas prerrogativas a los socios o accionistas, respectivamente, los que serían muy útiles para determinar si la libertad conferida en estos tipos societarios está siendo usada realmente y, en su caso, de qué modo. De la mano de ello, la pregunta que surge invariablemente es sobre la preparación de los comerciantes para navegar en tipos societarios donde se tienen ahora amplias facultades contractuales. Lo más probable es que tal libertad no se ejerza adecuadamente, pues nuestro sistema societario clásico se encuentra arraigado en la filosofía del Derecho civil, donde todo viene normado. En tal sentido, si el Estado provee estas herramientas, sería recomendable que desarrolle también una infraestructura o política adecuada en aras de incentivar su uso. En resumen, y sobre la base de lo ya señalado, se precisa de una labor legislativa tendente a revisar y analizar las normas imperativas y tipológicas que rigen en cada tipo societario, en aras de vislumbrar su justificación y eficacia. En esta línea, debiera procurarse atender, si ello fuere posible, a una mayor libertad contractual de las partes.

## 2. LA AUTONOMÍA EN LOS ACUERDOS PRIVADOS O PARASOCIALES

A pesar de que la autonomía de la voluntad en el marco de las sociedades parece encontrar su campo natural de aplicación en los estatutos, estos carecen de la flexibilidad necesaria para regular todas y cada una de las circunstancias con las que se encuentran las sociedades. De ahí que, a pesar de que los estatutos siguen siendo un instrumento indispensable para el funcionamiento interno de una sociedad, suele acompañarse esta organización de documentos privados suscritos entre los socios, denominados pactos parasociales o acuerdos privados. La suscripción de estos pactos se entiende como una fórmula alternativa para el uso intensivo de la libertad contractual donde su principal inconveniente estaría dado por la inoponibilidad *erga omnes* de su contenido, y en segundo lugar, por su carácter reservado<sup>63</sup>.

Se trata de contratos suscritos por un conjunto de accionistas con el objeto de regular ciertas relaciones entre los socios (todos o algunos) y la sociedad, o las relaciones de los socios entre sí y la forma en que estos pueden actuar frente a terceros<sup>64</sup>. Su finalidad es la de completar, concretar o modificar, en las relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que rigen la vida de la sociedad. Desde el punto de vista estructural, si bien aparecen unidos al contrato social, se encuentran subordinados al mismo, integrando o modificando la relación jurídico-societaria de los socios sobre la que recae el pacto<sup>65</sup>. Constituyen una convención que se coloca formalmente fuera del acto constitutivo y del estatuto de la so-

<sup>62</sup> Advirtiendo sobre este punto en la realidad española, véase: EMBID (2013b) p. 449.

<sup>63</sup> Sobre el tema véase: EMBID (2013b) pp. 443-444; PAZ-ARES (2011) p. 253-254.

<sup>64</sup> Es primordial distinguir los pactos de algunos socios de los pactos parasociales de todos los socios. La diferencia fundamental estriba en que los acuerdos de todos los accionistas son, en sustancia, complemento del contrato social tal y como se recoge en los estatutos, de tal manera que juntos –pactos más estatutos– conforman desde una óptica económica, un contrato –más completo– de sociedad. SÁEZ (2009) p. 4.

<sup>65</sup> PÉREZ (2011) p. 4.

ciudad pero que producen reflejos sustanciales sobre la organización creada por este último. En tal contexto, representan una interesante muestra de la autonomía privada en materia societaria, a partir de la cual los socios crean una estructura organizativa intermedia entre ellos y la sociedad destinada a influir sobre el contrato social. En este orden de ideas, existen dos cuestiones relevantes que deben analizarse sobre esta materia, la primera liga con su reconocimiento, validez y eficacia, pues si bien se amparan en el principio de libertad contractual, ello no significa que todos los acuerdos que puedan imaginar los socios hayan de entenderse válidos; la segunda, dice relación con el contenido de los pactos de los socios y los límites que debe respetar.

En Chile no existe una norma que, de manera general, se pronuncie sobre la validez y pertinencia de estos pactos, de manera que para ello debemos acudir a los preceptos generales sobre obligaciones y contratos y a ciertas normas contempladas en las sociedades anónimas. Desde una revisión práctica su existencia se advierte en materias de transferencia de acciones y convenios de votos<sup>66</sup>. En el primer caso los objetivos son variados, por ejemplo, el interés de los socios de no atomizar la masa de accionistas, impedir que se incorpore a la compañía un socio que no satisface determinadas condiciones que sí cumplen los demás accionistas, evitar que alcancen una influencia significativa en la sociedad ciertos accionistas; entre otros. Su reconocimiento se advierte a partir de lo prescrito el artículo 14 de la LSA<sup>67</sup> del que se desprende que el legislador acepta que se efectúen pactos sobre limitaciones a la libre disposición de acciones distinguiendo entre las sociedades anónimas abiertas y cerradas, respeto de las primeras no se admite que estos pactos se estipulen en los estatutos pero nada impide que dichas limitaciones se acuerden por medio de pactos privados; en las cerradas, a falta de prohibición, se admiten estas limitaciones en ambos instrumentos. El hecho de infringir una limitación estatutaria produce la inoponibilidad ante la sociedad de la transferencia que se pretende verificar sin cumplir con los requisitos previstos (art. 14 y 22 LSA); si la limitación se contiene en un acuerdo privado, la transferencia que vulnere lo allí señalado se podrá hacer valer frente a la sociedad solo si el pacto hubiese sido depositado de conformidad al precepto en referencia (art. 14 LSA) de manera tal que aquella estará obligada a velar por su cumplimiento, de lo contrario le será inoponible<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Estas cláusulas suponen una modificación convencional de la condición de derecho subjetivo esencialmente transmisible; su finalidad se traduce en mantener el *statu quo* en la distribución del capital social, impidiendo que un tercero pueda adquirir influencia en la sociedad contra la voluntad de los beneficiarios de la cláusula, o que un socio pueda reforzar su posición en la sociedad contra la voluntad de los restantes. PERDICES (1997) pp. 39-50; RECALDE (2009a) pp. 647-665.

<sup>67</sup> Que establece “Los estatutos de las sociedades anónimas abiertas no podrán incluir limitaciones a la libre disposición de las acciones. Los pactos particulares entre accionistas relativos a cesión de acciones, deberán ser depositados en la compañía a disposición de los demás accionistas y terceros interesados, y se hará referencia a ellos en el Registro de Accionistas. Si así no se hiciere, tales pactos serán inoponibles a terceros. Tales pactos no afectarán la obligación de la sociedad de inscribir sin más trámite los traspasos que se le presenten, de conformidad a lo establecido en el artículo 12”.

<sup>68</sup> La validez de estos pactos está fuera de toda duda, así por ejemplo, la sentencia de la Excm. Corte Suprema de en causa *CARRIZO CORVACHO, TERESA CON SOCIEDAD AGRÍCOLA DEL NORTE SA* (2012), a propósito de un recurso de protección.

Por su parte, los convenios sobre votos permiten coordinar la acción de los socios o sus representantes dentro de los órganos societarios. Este tipo de acuerdos tiene la virtud de contribuir a formar un centro a partir del cual se ejerza una influencia relevante en la sociedad evitando la dilución de los esfuerzos individuales. Igualmente, sirven como instrumento para que un grupo de accionistas que posee influencia decisiva en la sociedad, regule el proceso interno de su toma de decisiones, estableciendo los equilibrios de poder necesarios para su funcionamiento y operación. En esta misma línea, socios que no tienen la facultad de impedir que se adopten determinados acuerdos por los órganos de la sociedad podrían querer pactar con otros un compromiso de actuación conjunta que le asegure tal condición<sup>69</sup>. En general, estos pactos deben considerarse lícitos pues, además de no encontrarse prohibidos, no alteran los elementos esenciales del contrato de sociedad ni la estructura o funcionamiento de la misma<sup>70</sup>. En tal sentido, estos contratos podrían ser cuestionados únicamente cuando la estipulación suponga la promesa de realizar un hecho prohibido en cuyo caso podrá alegarse la nulidad o cuando la concreta actuación que se derive de estas estipulaciones conlleve una infracción legal o menoscabo para la compañía o sus accionistas, caso en que la responsabilidad del infractor se hará efectiva con absoluta independencia de que exista o no una convención que induzca a ejecutar la conducta prohibida<sup>71</sup>. No existen otras menciones en la ley sobre la posibilidad de realizar estos pactos y las materias sobre las que pueden versar, sin embargo, es posible entender que nada obsta a su realización aplicando las normas generales existentes en la materia<sup>72</sup>.

Otra cuestión relevante que surge en este contexto, es determinar si las normas imperativas que vinculan a los socios respecto de los estatutos sociales pueden extrapolarse a estos contratos. En otras palabras, en qué medida los socios podrían suscribir pactos donde renuncien a ciertas normas establecidas con corte general para todos los accionistas. Al respecto, consideramos que los pactos privados son válidos siempre que se refieran a cuestiones patrimoniales, individuales y, por tanto, disponibles, y no aludan a elementos o principios esenciales del Derecho societario; de este modo, los contratos privados no pueden afectar derechos de terceros, alterar el interés social o la estructura orgánica de la sociedad, pues tienen un carácter accesorio a la sociedad. En tal sentido, los pactos que pretenden disciplinar el voto de los accionistas en las asambleas o juntas respectivas de manera general, no podrían ser considerados válidos a diferencia de aquellos relativos a situaciones concretas y donde los socios dispongan de sus derechos individuales si con ello no se compromete el interés de la sociedad.

En base a lo anterior, consideramos conveniente que la legislación determine los requisitos de validez y eficacia de estos pactos<sup>73</sup>, con el objeto de contar con un instrumento para la estructuración eficiente de las relaciones societarias y la interpretación del contrato

<sup>69</sup> En esta línea, véase Art. 98 de la LEY DE MERCADO DE CAPITAL, N° 18.045 de 1981.

<sup>70</sup> Así también lo reconoce la sentencia arbitral *INVERSIONES SOCORAMA SA. CON CARTER HOLT HARVEY INTERNATIONAL LIMITED (1998)*.

<sup>71</sup> En el mismo sentido, ALCALDE (2003) pp. 118-119.

<sup>72</sup> Véase art. 1545 CC y art. 22 LSA.

<sup>73</sup> Sobre el tema, véase: RUIZ-CÁMARA Y TORREGROSA (2009) pp. 66-67; MADRIDEJOS (2010) pp. 302-303.

social. Una adecuada regulación de estos contratos fortalecería el uso de la autonomía de la voluntad en la configuración societaria.

### III. TERCERA MANIFESTACIÓN: LA AUTONOMÍA EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOCIETARIOS

#### 1. EJERCICIO DEL DERECHO A VOZ Y VOTO; INCORPORACIÓN DEL VOTO A DISTANCIA

La sociedad como persona jurídica necesita de una especial técnica para formar su voluntad y desarrollar la actividad social<sup>74</sup>. La formación de aquella se produce de distinta manera entre las sociedades; en las de personas se requiere normalmente la mayoría de los socios que tengan derecho a votar computada según el contrato, si este nada indicare sobre el particular, decidirá la mayoría numérica de aquellos, a menos que la ley o el contrato exijan unanimidad o concedan a cualquiera de los socios el derecho de oponerse a los otros (art. 2054 CC); en las de capital, la formación de la voluntad social se realiza mediante un órgano social determinado por la normativa, esto es, la junta de accionistas (arts. 55 a 72 LSA) donde la voluntad se expresa mediante acuerdos que se adoptan por mayoría establecida legalmente (art. 67 LSA) o por los estatutos en los asuntos propios de su competencia<sup>75</sup>. En tanto órgano soberano, la junta tiene la posibilidad de nombrar y destituir a los administradores, de ejercer labores de inspección y de obligar a todos los socios, incluidos ausentes y disidentes. En el ejercicio de estas funciones, actúan como límites a la autonomía de la voluntad los preceptos imperativos que rigen a las sociedades anónimas; los derechos inderogables de los accionistas; los estatutos sociales; los principios configuradores de la sociedad; el interés general de la sociedad (art. 30 LSA); y su propio ámbito de competencia<sup>76</sup>, de manera que volvemos sobre la necesidad de revisar estas limitaciones en aras de propiciar el fortalecimiento de la libertad de los socios, principalmente en la sociedad anónima cerrada que, por su propia fisonomía, debiera contar con un estatuto más flexible que la sociedad anónima abierta.

Se ha cuestionado si la junta es el órgano más adecuado para la toma de decisiones de la sociedad al considerar las materias de naturaleza técnica que en muchos casos deben resolver y su cuestionada operatividad, dado que los accionistas no son proclives a participar o bien es difícil la reunión física de aquellos en sociedades con un accionario muy difuso y numeroso<sup>77</sup>; a esto se agrega la regla según la cual las minorías deberán siempre acatar las decisiones de la mayoría, lo que desincentiva inevitablemente la participación en las sociedades que tienen controladores claros<sup>78</sup>. A partir de lo anterior, el ejercicio del derecho

<sup>74</sup> LOJENDIO Y CRUZ (2010) p. 207.

<sup>75</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2010) p. 1429.

<sup>76</sup> Sobre el carácter institucional atribuido, véase: CÓRDOVA (2000).

<sup>77</sup> Esta crisis viene de la mano de la apatía racional de los accionistas. Se considera que la necesaria revitalización de la junta pasaría por dos vías: la ampliación de las competencias de la junta y el fomento a la participación de los accionistas mediante la creación de instrumentos que faciliten el ejercicio de sus derechos. Sobre este tema, véase: VV.AA. (RECALDE, 2009b, pp. 19 y ss.; MUÑOZ, 2005, pp. 162 y ss.; MARÍN, 2012; RODRÍGUEZ, 2013, pp. 75-107).

<sup>78</sup> Sobre la teoría general de empresa puede consultarse: BROSETA (1965).

a voto de todos los accionistas constituye un anhelo esperable lo que se vincula con uno de los problemas latentes de administración y fiscalización eficiente de las sociedades anónimas y con la distancia que se produce entre el agente y el principal<sup>79</sup>. En tal sentido, la función del legislador adquiere nuevamente importancia, pues una adecuada técnica normativa puede reducir las imperfecciones que dan origen a estos problemas<sup>80</sup>; frente a ello, cada vez son más los sistemas jurídicos que se esfuerzan en incorporar en el ejercicio de este derecho medios idóneos, de fácil acceso y resultado eficiente para la entrega de información a los accionistas. Adicionalmente, se ha optado por la inclusión de elementos de innovación tecnológica que permiten asegurar una mayor participación de los accionistas, principalmente de los minoritarios, y así permitir el adecuado desarrollo de la voluntad de los socios en la toma de decisiones<sup>81</sup>.

La legislación chilena<sup>82</sup>, procurando lo anterior, ha modificado recientemente (Ley 20.382) tres aspectos relevantes de la Ley de sociedades anónimas (18.046): el primero dice relación con el incremento de la información, obligando a que la sociedad deba mantener en la sede principal y en las agencias o sucursales, así como en su sitio en internet (en caso que las sociedades anónimas abiertas dispongan de tales medios) a disposición de los accionistas, ejemplares autorizados de sus estatutos y sus modificaciones y una lista actualizada de los accionistas (art. 7 LSA); en segundo lugar, se aprecia en la posibilidad que la junta pueda autoconvocarse cuando la totalidad de los accionistas hayan comprometido su asistencia aun cuando no hubieren cumplido las formalidades requeridas para su citación (art. 60 LSA); y en tercer lugar, la posibilidad que los accionistas de las sociedades anónimas abiertas emitan votos a distancia (art. 64)<sup>83</sup>. Así, el inc. 3° del Art. 64 de la citada legislación, establece que "La Superintendencia, mediante norma de carácter general, podrá autorizar a las sociedades anónimas abiertas, para establecer sistemas que permitan el voto a distancia siempre que dichos sistemas resguarden debidamente los derechos de los accionistas y la regularidad del proceso de votación"<sup>84</sup>. Para la implementación de este derecho la

<sup>79</sup> Sobre el tema, puede consultarse: PRATT Y ZECKHAUSER (1991).

<sup>80</sup> JARA (2011) pp. 395-408.

<sup>81</sup> ZETSCHKE (2008); ZETSCHKE (2005), Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=747347> [visitado el 15 de mayo de 2014].

<sup>82</sup> Sobre la participación en las juntas Art. 62 LSA.

<sup>83</sup> En tal contexto se ha establecido que "Toda votación que se efectúe en una junta deberá realizarse mediante un sistema que asegure la simultaneidad de la emisión de los votos o bien en forma secreta, debiendo el escrutinio llevarse a cabo en un solo acto público y, en ambos casos, que con posterioridad pueda conocerse en forma pública cómo sufragó cada accionista. Corresponderá a la Superintendencia aprobar, mediante norma de carácter general, los referidos sistemas para las sociedades anónimas abiertas. Siempre que la ley ordene a un accionista emitir su voto a viva voz, se entenderá cumplida esta obligación cuando la emisión del mismo se haga por uno de los sistemas de votación simultánea o secreta y con publicidad posterior referidos en el inciso precedente. Cuando en el ejercicio de la facultad que otorga el inciso anterior, la junta por la unanimidad de los presentes haya aprobado una modalidad diferente, dicho accionista deberá emitir en todo caso su voto de viva voz, de lo cual se dejará constancia en el acta de la junta" (Art. 62 LSA). Agregado por la letra c) del N° 41 del Art. 2° de la LEY 20.382.

<sup>84</sup> Agregado por el N°42 del Art. 2° de la LEY 20.382 de 2009.

SVS debe aprobar los sistemas mediante los cuales se materializará esta posibilidad<sup>85</sup>. Para los efectos de implementar el voto a distancia, la entidad interesada debe presentar una solicitud a la Superintendencia para requerir autorización de utilizar un sistema determinado para la materialización del voto a distancia. Solo una vez presentada tal solicitud esta sería derivada al departamento de informática de la misma Superintendencia, quienes analizarán si se cumplen con los requisitos de la Norma de Carácter General N° 114<sup>86</sup>.

En la práctica, este mecanismo no ha sido mayormente utilizado<sup>87</sup>, de manera que consideramos necesario replantear e incentivar el uso de estos mecanismos en pos de fortalecer el ejercicio de la voluntad de los accionistas. Así, considerando los intereses protegidos y el masivo acceso a internet actual, se podría obligar a las sociedades abiertas, a mantener la información relevante de la sociedad de carácter público<sup>88</sup> en sus páginas web debidamente actualizadas y no solo establecer lo anterior como una posibilidad sobre aspectos muy concretos<sup>89</sup>. Por otra parte, considerando los problemas que normalmente enfrenta la inclusión de medios tecnológicos en la participación de los accionistas, se requiere de una política de incentivos para la utilización de estas medidas, pues tal como está planteado difícilmente prosperará. Asimismo, debemos preguntarnos por la posibilidad de instaurar mecanismos aún más abiertos, como podría ocurrir con las juntas electrónicas de manera de facilitar aún más el ejercicio del derecho a voto<sup>90</sup>.

## 2. EJERCICIO DEL DERECHO A RETIRO O RENUNCIA DEL SOCIO

La separación del socio constituye una causal de disolución parcial del vínculo social, que afecta solamente al o los socios que toman esta decisión, y que debe enmarcarse en supuestos legales o estatutarios. Se trata de un mecanismo para que este pueda desligarse de la sociedad sin llegar a la liquidación de la misma, siempre que concurran motivos que hagan irreconciliable su relación con la mayoría social y que opera tanto respecto de las sociedades de personas como de capital<sup>91</sup>. En este escenario, el debate se centra en el alcance que debe darse al derecho de separación o, dicho en otros términos, hasta qué punto la sociedad puede configurar causales de retiro en sus estatutos.

<sup>85</sup> En relación al ejercicio de este derecho, la Norma de Carácter General N° 273, emitida por la Superintendencia de Valores y Seguros con fecha 13 de enero de 2010, instruye para el caso de votación a distancia que: “[...] las sociedades anónimas abiertas podrán, como parte de los sistemas autorizados de votación, contemplar mecanismos electrónicos de votación a distancia, siempre que estos cumplan los principios de autenticación, control de acceso, confidencialidad, integridad y no repudio a que se refiere la Norma de Carácter General N° 114”.

<sup>86</sup> Una debilidad pareciera encontrarse en que no existe claridad ni un listado de qué entidades puedan ser clasificadas como “certificadoras calificada o de reconocido prestigio”. Véase JARA (2011), p. 403.

<sup>87</sup> Sobre esta materia, puede consultarse: Informe de aplicación NCG 341, período 2013-2014. Superintendencia de Valores y Seguros; R. García, “Norma de información sobre prácticas de gobierno corporativo en Chile”, Enero de 2014, disponible en: [http://www.svs.cl/portal/publicaciones/610/articles-16379\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.svs.cl/portal/publicaciones/610/articles-16379_doc_pdf.pdf) (agosto 2014).

<sup>88</sup> Véase arts. 27 A, 42, 46 inc. 1°, 54 de la LSA.

<sup>89</sup> Véase art. 7° LSA

<sup>90</sup> Véase: ZETSCHKE (2005). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=747347> Fecha de consulta: 15 de mayo de 2014.

<sup>91</sup> MARTÍ (2010) pp. 498- 499. En el mismo sentido, RODAS (2013) pp. 21-22.

Frente a ello, hemos de recordar que este derecho se ha configurado normalmente como un instrumento jurídico que permite al socio apartarse de la sociedad ante ciertas modificaciones estatutarias que alteran algunos de los elementos de la estructura social que el legislador presume que fueron esenciales para que el socio formase parte de la sociedad. De este modo, este derecho cumple una doble función: de tutela frente al poder de decisión de la mayoría y, por otra parte, de conservación de la sociedad al permitir su continuidad, a pesar de la merma patrimonial que ello le causa<sup>92</sup>. Debe resguardarse un equilibrio entre ambos intereses (interés del socio e interés social) lo que tiene una incidencia directa en la configuración de las causales o motivos habilitantes para el ejercicio del derecho de separación. Esta configuración es necesaria para resolver los conflictos que se pueden suscitarse sobre esta materia.

En las sociedades de personas se establece que esta sociedad puede expirar por la renuncia de uno de los socios, sin embargo, cuando la sociedad se ha contratado por tiempo fijo o para un negocio de duración limitada no tendrá efecto la renuncia si por el contrato de sociedad no se hubiere dado la facultad de hacerla, o si no hubiere grave motivo, dando como ejemplo de esto último la inejecución de las obligaciones de otro socio, la pérdida de un administrador inteligente que no pueda reemplazarse entre los socios, enfermedad habitual del renunciante que le inhabilite para las funciones sociales, mal estado de sus negocios por circunstancias imprevistas, u otros de igual importancia (art. 2108 CC). Desde una perspectiva jurisprudencial se ha estimado que la pérdida de "*affectio societatis*" se circunscribe en esta línea<sup>93</sup>. La renuncia de un socio no produce efecto alguno sino en virtud de su notificación a los otros (art. 2019 CC). Del precepto en referencia podemos colegir que existen amplias facultades entregadas por el legislador a los socios en cuanto a configurar presupuestos de retiro, de manera que nada obsta establecer, en principio, causales estatutarias en base a la autonomía de la voluntad.

En las sociedades anónimas el derecho de separación se configura como la contrapartida que debe soportar la mayoría por imponer ciertos cambios de trascendencia al socio o socios que no hayan apoyado la adopción del acuerdo. Lo decisivo se encuentra en determinar cuándo es exigible al socio permanecer en la sociedad y cuándo se torna inexigible su

<sup>92</sup> Sobre esta materia, MARTÍNEZ (1997) p. 29; ALONSO (2013).

<sup>93</sup> Sobre el particular, una sentencia de juez árbitro Arturo Alessandri Cohn, de fecha 26 de enero de 2010, resolvió: "Se acoge la demanda principal interpuesta y se rechaza la demanda reconvenional. En consecuencia, se declara disuelta la sociedad por la causal de renuncia de uno de los socios por grave motivo, esto es, la falta de *affectio societatis*, debiendo procederse en su oportunidad a la liquidación de la sociedad de conformidad a la ley y a los estatutos sociales. Por su parte, la Corte Suprema, en causa N° 4.553-09, con fecha 1 de octubre de 2009, resolviendo un recurso de casación, señaló: "Que se acoge la aludida demanda solo en cuanto declarar disuelta la sociedad Paonil Inversiones Limitada por concurrir la causal de grave motivo, esto es, la falta de *affectio societatis*" entre los socios, debiendo procederse en su oportunidad a la liquidación de la sociedad de conformidad a la ley y a los estatutos sociales. En la misma línea, cabe citar la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, con fecha 26 de noviembre de 2010, en causa "*Weber Krefi, Kart con Ingemer Servicios Industriales*", en que resolvió: "(...) Que desde luego todos los socios concuerdan en la pérdida o disminución de la *affectio societatis*, aunque atribuyan al otro u otros la responsabilidad en ello (...) De esta forma, la conclusión resultante es que los demandados han infringido obligaciones sociales importantes que representan un motivo lo suficientemente grave como para colegir que la renuncia presentada por el actor a la sociedad en cuestión es justificada y da pábulo para hacer expirar anticipadamente el pacto social".

permanencia. Dentro de las causas de retiro o separación en las sociedades encontramos la modificación de la posición jurídica y/o económica del socio, o los conflictos estructurales derivados de comportamientos antijurídicos de la mayoría<sup>94</sup>. Por este camino, la legislación chilena reconoce que ciertos acuerdos de la junta concederán al accionista disidente el derecho a retirarse de la sociedad, previo pago por aquella del valor de sus acciones (art. 67). Para que se entienda como tal aquel deberá haberse opuesto al acuerdo que se pronuncia sobre el particular, o no habiendo concurrido a la junta, manifieste su disidencia por escrito a la sociedad en el plazo establecido legalmente (art. 70 y 71 LSA).

Como se puede apreciar, se confiere un amplio espacio a la autonomía de la voluntad a la hora de configurar las causas de retiro, pues se admite expresamente que las causales pueden ser establecidas en los estatutos sociales (art. 67 N° 13 LSA). La cuestión aquí se centra en determinar las causas que validan estos pactos, pues podríamos encontrarnos con acuerdos sociales lesivos para los intereses del socio o configurarse causas estatutarias que afecten el interés social. En este orden de ideas, y considerando que el retiro no es una cuestión que afecte solo a los socios, sino también a la sociedad por medio de su patrimonio, la configuración estatutaria no puede obedecer a motivos desprovistos de una justificación relevante, pues ello equivaldría a potenciar el carácter disgregador que tiene este derecho con el consiguiente daño potencial para la sociedad y al resto de los socios o terceros. De este modo, debe resguardarse el equilibrio entre ambos intereses y considerar a este derecho con carácter restrictivo pues afecta al principio de irrevocabilidad de las aportaciones hechas a la sociedad, como garantía patrimonial de esta en sus relaciones con terceros.

Establecer una cláusula genérica sobre los motivos que podrían justificar este derecho también parece inviable, pues en estos pueden incidir factores o personales, como podría ser el deterioro de las relaciones personales o conflictos permanentes y duraderos entre los socios<sup>95</sup>. Por otra parte, la existencia de causas legales de separación constituye un límite a la autonomía contractual ya que no existe libertad para excluirlas por tratarse de normas imperativas protectoras. Finalmente, el derecho de retiro no podría renunciarse anticipadamente<sup>96</sup>, sino solo *a posteriori* una vez que el socio decida no utilizarlo.

### 3. EJERCICIO DEL DERECHO DE EXCLUSIÓN DE SOCIOS

La exclusión de socios puede definirse como el instrumento técnico previsto por el Derecho de sociedades para la extinción del vínculo jurídico de un determinado socio con la sociedad por decisión de los demás continuando entre estos la relación social. Su aplicación procede bajo la concurrencia de determinadas circunstancias en la persona del socio afectado que impide o dificulta gravemente la consecución del fin común perseguido por la colectividad de socios a través de la sociedad<sup>97</sup>. En otras palabras, se permite, que las sociedades puedan apartar a un determinado socio, sin o contra su voluntad, manteniendo el vínculo societario con el resto, evitando así los inconvenientes y altos costes que la disolu-

<sup>94</sup> Véase: VV.AA. (MARTÍ, 2010, pp. 510-516; RODAS, 2013, pp. 24-27; MADRID, 2010b, pp. 351 – 352).

<sup>95</sup> Sobre el tema, ALFARO (1996) p. 187.

<sup>96</sup> ALONSO (2013) p. 14.

<sup>97</sup> SÁNCHEZ RUIZ (2006) p. 25.

ción de la sociedad comportaría<sup>98</sup>. Visto desde esta perspectiva, el instituto de la exclusión constituye una fórmula de resolución de conflictos en el seno de la sociedad<sup>99</sup>.

La legislación chilena, respecto de las sociedades de personas, plantea este derecho en el Art. 379 del CCo., al establecer que el retardo en la entrega del aporte, sea cual fuere la causa que lo produzca, autoriza a los asociados para excluir de la sociedad al socio moroso o proceder ejecutivamente contra su persona y bienes para compelerle al cumplimiento de su obligación. En uno y otro caso, aquel responderá de los daños y perjuicios que la tardanza ocasionare a la sociedad<sup>100</sup>. En lo que respecta a las sociedades de capitales, se plantean normas análogas que permiten vender las acciones suscritas por un determinado socio frente a ciertas circunstancias de incumplimiento<sup>101</sup>. Más allá de estas causales, consideramos que nada obsta establecer otras causales en los estatutos en virtud justamente del principio de autonomía de la voluntad. El requisito para su validez se encontraría en el interés social y en su correcta configuración, debiendo estar claramente establecidas o de su enunciado desprenderse con facilidad<sup>102</sup>. En tal sentido, no podrían considerarse como causales motivos nimios o irrelevantes, sino fundamentalmente infracciones graves que se vinculen con los deberes de los socios para con la sociedad<sup>103</sup>.

#### 4. DETERMINACIÓN DE LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN SOCIETARIA

Las causales de disolución son también resorte de la voluntad de las partes, a menos que la ley fuerce su disolución. Así, por ejemplo, la muerte de un socio provoca normalmente la disolución de la sociedad de personas, salvo que por disposición legal o del acto constitutivo haya de continuar entre los herederos del difunto o sin ellos (art. 2103 CC)<sup>104</sup>. Esta causal no es vinculante ni esencial en las sociedades de responsabilidad limitada y anónima, de manera que en estas existe libertad para cambiar esta causal de disolución<sup>105</sup>.

<sup>98</sup> Sobre esta materia, véase: ALONSO (2013) pp. 26 y ss; GARCÍA (1977) pp. 23-24; ALFARO (1997) pp. 892 y ss.

<sup>99</sup> FARRANDO (1998) p. 23; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2006) p. 27.

<sup>100</sup> Véase art. 2102 CC.

<sup>101</sup> Véase arts. 17 y 18 de la LSA.

<sup>102</sup> Vinculado con esta materia, se sostiene que aceptar ser excluido es equivalente a verse obligado a aceptar una oferta de compra de las acciones realizada por el socio mayoritario al minoritario en determinadas circunstancias y, de la misma forma que este tiene que pasar por esa venta forzosa de sus acciones, también el minoritario en el que concurren justos motivos de exclusión debe aceptar su salida forzosa de la sociedad. Se establece así un paralelismo con la figura del *squeeze Out* o derecho del accionista que ostenta una participación muy relevante del capital de una sociedad anónima a adquirir las acciones de la minoría restante, derecho que es reconocido en la generalidad de los ordenamientos para cualquier subtipo de sociedad anónima. Véase: ALONSO (2013) p. 36.

<sup>103</sup> No debemos olvidar que estamos ante un supuesto expropiatorio que exige delimitar con claridad en qué casos o por qué circunstancias puede el socio ser desposeído de su condición de tal, teniendo en cuenta, además, que la participación o la acción no solo incorporan la posición de socio, sino que también son bienes de segundo grado sobre los que existe un derecho de propiedad de su titular que la constitución garantiza como derecho fundamental (Art. 19 N° 24 CP), lo que garantiza su derecho de disposición.

<sup>104</sup> La estipulación de continuar la sociedad con los herederos del difunto se subentiende en las sociedades anónimas (Art. 2014 CC) y sociedades de responsabilidad limitada (Art. 4° LEY 3.918 de 1923).

<sup>105</sup> Sobre esta materia, véase: EMBID (2014).

Otra causal se encuentra establecida en el art. 105 de la ley 18.046 que dispone que las sociedades anónimas cerradas pueden ser disueltas mediante una sentencia judicial cuando un determinado porcentaje de sus accionistas así lo demande, fundándose para ello en la existencia de hechos “tales como infracción grave de la ley, de su reglamento o demás normas que les sean aplicables, que causare perjuicio a los accionistas o a la sociedad; declaración de quiebra de la sociedad, administración fraudulenta u otras de igual gravedad”. Se trata de una enunciación ejemplificativa de forma tal que cualquier circunstancia relevante que implique una grave alteración del funcionamiento de la compañía podría, en principio, autorizar que se decrete su terminación.

En resumen, la posibilidad de introducir en los estatutos causas de disolución distintas a las legales no debiera generar mayor inquietud, aun cuando debemos circunscribir esta materia a la cuestión tipológica de cada tipo societario.

#### IV. CUARTA MANIFESTACIÓN: GOBIERNO CORPORATIVO Y AUTORREGULACIÓN

Como hemos visto hasta aquí, la realidad jurídica y empresarial del último tiempo ha ido cristalizando un nuevo clima de ideas que hace del derecho autorreglamentario un foco de transformación de sectores claves, uno de ellos se relaciona con el control y la creación de un sistema autonormativo sobre cumplimiento voluntario que termina desplazando la valoración de los propios mercados de control del gobierno de las sociedades bursátiles. Se trata de una nueva fuente de producción normativa, un sistema de autocontrol voluntario a favor de determinadas asociaciones de actividad por categorías<sup>106</sup>. No se trata de la adopción o establecimiento por la concreta sociedad de unas determinadas cláusulas o pactos susceptibles de insertarse en sus estatutos, más bien esta materia se vincula con la aceptación de un conjunto de recomendaciones que se contienen en los llamados “Códigos de buen gobierno” (*Good Governance Codes*) referidas a la administración de las sociedades cotizadas con particular incidencia en la organización, composición y funcionamiento del directorio. Estas últimas, no son normas vinculantes sino recomendaciones de seguimiento voluntario por ellas, solo cuando una determinada sociedad cotizada opte por no seguir alguna o varias de las concretas recomendaciones contenidas en el código surge un cierto elemento vinculatorio, derivado de la necesidad de explicar al mercado el porqué de dicha falta de seguimiento (la conocida regla *comply or explain*). Esta circunstancia es la que permite justificar la terminología de “autorregulación inducida” que confiere libertad a la sociedad para acoger las normas del código<sup>107</sup>.

La legislación chilena ha seguido este derrotero. Recientemente, con fecha 29 de noviembre de 2012, la SVS emitió la Norma de Carácter General N° 341 que establece un mecanismo de difusión de información acerca de los estándares de gobierno corporativo de

<sup>106</sup> Aunque tales propuestas se han pensado en principio para empresas cotizadas, nada impide que esta corriente de pensamiento, termine expandiéndose al resto de las sociedades. Véase: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2002).

<sup>107</sup> EMBID (2013b) p. 447.

las sociedades anónimas abiertas<sup>108</sup>. Bajo este presupuesto, las compañías deben informar al mercado sobre el cumplimiento voluntario de los principios contenidos en el código y, en caso de no seguir alguno de estos, explicar las razones que han llevado a la sociedad a tomar esta decisión. Dentro de las principales ventajas que presenta este esquema regulatorio se encuentra la flexibilidad que entrega a las compañías, permitiéndoles adaptarse a su realidad particular y guiarse por el espíritu de la regulación. Su objetivo principal es proveer información adecuada al público inversionista respecto de las políticas y prácticas de gobierno corporativo adoptadas por las sociedades anónimas abiertas, y permitir que ciertas entidades, como las bolsas de valores o centros de estudios, puedan generar sus propios análisis que, como información adicional, faciliten a los diversos actores del mercado conocer y evaluar el compromiso de las empresas con estas prácticas<sup>109</sup>. Adicionalmente, esta nueva normativa entrega los incentivos adecuados para que las compañías vayan mejorando constantemente sus prácticas de gobierno corporativo.

En cuanto al alcance de esta normativa, la aplicación de las prácticas o principios contenidos en la norma es voluntaria para las sociedades anónimas abiertas. Estas sociedades deben dar a conocer estas materias al mercado cada año mediante el envío de cierta información a la Superintendencia y a las bolsas de valores del país y, adicionalmente, en sus páginas *web*<sup>110</sup>. En base al grado de cumplimiento de los principios o prácticas contenidos en la norma, las respuestas se dividen en dos categorías: sí o no<sup>111</sup>. Siguiendo con las

<sup>108</sup> Se acoge, de este modo, el principio ampliamente difundido en Europa de, introducido en el Reino Unido en 1992 con la implementación del Código de Cadbury. Más allá de esta norma, en estos últimos años la SVS ha trabajado en variadas iniciativas regulatorias en temas de gobierno corporativo. Por ejemplo, en el año 2008, se emitió una circular N°22 sobre control interno y gestión de riesgo de las administradoras generales de fondos. En 2011 se publicó también una importante norma para el mercado asegurador, que se inserta en el proyecto de modernización del enfoque de supervisión de la SVS para las compañías de seguros, denominado Supervisión Basada en Riesgos.

<sup>109</sup> De conformidad a lo dispuesto por la nueva regulación, a más tardar el 31 de marzo de cada año, las sociedades anónimas abiertas deberán enviar a la SVS la citada información, la que estará referida al 31 de diciembre del año anterior a su envío. Igualmente, y en la misma oportunidad, estas deberán publicar de manera destacada esa información bajo el título "Prácticas de Gobierno Corporativo", en sus respectivos sitios web institucionales y remitir esa información a las bolsas de valores. No obstante, para las sociedades anónimas abiertas que al 31 de diciembre de 2012 tengan dicha calidad, el primer envío y publicación de esta información deberá ser realizada a más tardar el 30 de junio de 2013, y estar referidas al 31 de marzo de 2013. Véase: [http://www.svs.cl/normativa/ngc\\_341\\_2012.pdf](http://www.svs.cl/normativa/ngc_341_2012.pdf)

<sup>110</sup> Con respecto a la estructura de la norma, esta desarrolla un cuestionario de 19 preguntas dividido en cuatro temas fundamentales (además se incluye una quinta sección que permite a la sociedad informar prácticas adicionales), que los directorios de las compañías deben contestar anualmente, en materia de: (i) Funcionamiento del directorio, (ii) Relación entre la sociedad, los accionistas y el público en general, (iii) Sustitución y compensación de ejecutivos principales, (iv) Definición, implementación y supervisión de políticas y procedimientos de control interno y gestión de riesgos en la empresa, y (v) Otras prácticas adoptadas por la sociedad, que no están referidas a las materias antes señaladas. Estrictamente hablando la metodología de la NCG 341 se desvía del principio "*comply or explain*", ya que exige que tanto las respuestas afirmativas como las negativas se acompañen de una explicación

<sup>111</sup> La primera implica que la sociedad está adoptando la práctica, por lo tanto ha diseñado procedimientos, sistemas, políticas o condiciones que abordan la mayoría de los elementos descritos en la práctica en cuestión, y estos se encuentran implementados en un grado significativo. La respuesta "no" significa que la sociedad no adopta la práctica o todavía está en vías de hacerlo, vale decir, la sociedad no ha adoptado la práctica o está en

iniciativas, en el año 2012 la SVS aclaró a través de oficios circulares N°s 718 y N° 764 los requisitos establecidos en la Ley 20.382, señalando que los directorios deben entregar una fundamentación de las razones, más allá del precio del servicio, por las cuales proponen ciertas empresas de auditoría externa a la junta de accionistas, de tal forma que esta última cuente con toda la información necesaria para elegir a la empresa de auditoría.

Con estas medidas se ha incrementado significativamente el principio de autonomía de la voluntad en esta materia, pero habrá que esperar un tiempo para analizar su operatividad efectiva.

## V. QUINTA MANIFESTACIÓN: ELECCIÓN DEL LUGAR DE CONSTITUCIÓN Y *LEX SOCIETATIS*

La determinación del ordenamiento jurídico que rige a las sociedades (*lex societatis*), actúa como forma de selección de normas aplicables al contrato de sociedad tanto en su dimensión obligatoria como organizativa, este elenco contempla las normas que regirán su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, disolución, entre otras materias<sup>112</sup>, en tal sentido, la *lex societatis* tiene como ámbito de aplicación prácticamente todos los aspectos de la vida de la sociedad<sup>113</sup>. Los Estados tienen libertad para establecer de forma autónoma sus propios criterios de nacionalidad destacando entre ellos, desde una perspectiva comparada, los de “sede” y “constitución”<sup>114</sup>, en ambos casos el Derecho aplicable será aquel con el cual se ha constituido la sociedad, en unos Estados precisamente por esta razón, y en otros porque tal derecho coincide con el de la sede real de la sociedad. Si no se da esta coincidencia entre la sede y el derecho, resultará que la personalidad jurídica no siempre será reconocida en los Estados, principalmente si rige la tesis de la sede, por lo que deja de tener sentido plantearse cuál es el derecho rector de la sociedad, mientras que en los Estados en que rija la tesis de la constitución se reconocerá la personalidad jurídica de la sociedad, sin distinción al respecto<sup>115</sup>. Lo anterior liga con la autonomía de la voluntad de las sociedades entendida aquí a partir de la libre circulación de aquellas, pues cada tesis adopta una forma particular de enfrentar esta materia<sup>116</sup>. La libertad de las personas jurídicas podría ser definida como aquella libertad mediante la cual se pretende garantizar el ejercicio de una actividad económica con carácter independiente de modo permanente en

---

proceso de adopción de esta, pero su diseño o implementación no está en un grado significativo, o bien, cuenta con una práctica distinta a la indicada en la norma. Sobre estos resultados actuales, véase: GARCÍA (S/A).

<sup>112</sup> HOUIN (1967) p. 63.

<sup>113</sup> Determinar la nacionalidad de una sociedad plantea al menos dos cuestiones: decidir cómo se determina el elemento relevante que sirve para conectar el contrato de sociedad con un ordenamiento, y si esta va a ser unilateral (el Estado regula qué sociedades poseen su nacionalidad), o bilateral (cada Estado determina qué nacionalidad, sea la suya o la de otro Estado, tiene cada sociedad). GARCIMARTÍN (2002) pp. 92-95.

<sup>114</sup> Otros relevantes son los sistemas de la “autonomía de la voluntad” que recoge el Código de Bustamante (Art. 18) y el de “control” en que interesa saber quiénes eran los inversionistas, de dónde provenían los recursos, quien controlaba a la empresa. Sobre el particular, véase: PALAO (2003) p. 108; GARCIMARTÍN (2002) p. 91; VÁSQUEZ (2013) pp. 229-231.

<sup>115</sup> Véase: REYES (2006) p. 79.

<sup>116</sup> RODES (2011) p. 5.

el territorio de un Estado<sup>117</sup>. Alcanzar la plena libertad de establecimiento es la condición primera para lograr que las empresas elijan la sede efectiva sin más condicionantes que los de índole económica, de manera que, con el reconocimiento de esta libertad se pretende asegurar a los operadores económicos, la posibilidad de elegir donde ejercer su actividad tomando en cuenta los factores de producción, las infraestructuras y los demás elementos necesarios para la misma, pero sin que entren en consideración restricciones jurídicas vinculadas a su nacionalidad<sup>118</sup>.

Como señalamos, la mayor o menor movilidad pretendida, se vincula con la tesis que acoge una determinada legislación (sede o constitución), siendo estas completamente dispares entre los países debido a la libertad que existe en la materia<sup>119</sup>. Al respecto, las sentencias "Daily Mail", "Centros"<sup>120</sup>, "Uberseering"<sup>121</sup>, e "Inspire Art Ltd."<sup>122</sup>, entre otras, han colaborado en decantarse por los países que imponen menos formalidades de constitución, de manera tal que se prefiere la *lex societatis* de aquellos países que imponen menores rigideces<sup>123</sup>, constatando con ello, una clara tendencia a la flexibilidad<sup>124</sup>, desdibujado el paradigma estatal en pos de la adaptación de las sociedades a un marco económico transnacional.

En Chile si bien existe un vacío en la materia, de la lectura y adecuada interpretación de la normativa existente es posible concluir que se acoge la tesis de la constitución, de manera que se otorga libertad a las sociedades para su establecimiento<sup>125</sup>. Por otra parte, las sociedades extranjeras pueden operar válidamente en Chile, debiendo distinguir a estos efectos si pretenden actuar de manera transitoria o permanente<sup>126</sup>. Visto desde esta perspectiva, parece claro que nos encontramos en el lado correcto de la elección, sin embargo, consideramos pertinente depurar la legislación en aras de brindar mayor claridad en el uso de la autonomía de la voluntad en este punto.

## VI. ALGUNAS REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

1. Entre el Derecho societario y el principio de autonomía privada ha existido una polaridad inmanente, cuyo alcance y contenido constituye uno de los temas centrales del actual Derecho privado. La libertad contractual en este instituto ha sido obje-

<sup>117</sup> SÁENZ (1996) pp. 456 y ss.

<sup>118</sup> RODES (2011) pp. 6 - 7.

<sup>119</sup> Así, por ejemplo, el modelo de la sede real rige en países como Francia, Bélgica, Alemania, Austria, Luxemburgo o Portugal; mientras que el de la constitución está vigente en Estados Unidos, Reino Unido, Dinamarca, los Países Bajos, Suiza, entre otros.

<sup>120</sup> Sobre el particular, puede consultarse: DE LA ROSA (2004) pp. 370-371; GARCIMARTÍN (2000) pp. 1-23; GARCIMARTÍN (2001) pp. 79-95.

<sup>121</sup> DE LA ROSA (2004), pp. 370-371; GARCIMARTÍN.

<sup>122</sup> Sobre el tema, véase: DE LA ROSA (2004) pp. 370-371; VAQUERO (2004) pp. 283 y ss.

<sup>123</sup> Un ejemplo claro de ello lo constituye el Estado de Delaware o New Jersey en Estados Unidos y Reino Unido o los Países Bajos en UE.

<sup>124</sup> Véase en extenso: DE LA ROSA (2004) pp. 370-371.

<sup>125</sup> VÁSQUEZ (2013).

<sup>126</sup> Véase: arts. 121 y ss. LSA y 447 a 450 del CCom.

to de una doble limitación<sup>127</sup>, por un lado, la observancia de las normas de derecho imperativo, que se prodigan básicamente en el ámbito de la protección a los socios y terceros, así como la sujeción a los elementos configuradores del tipo establecidos como estructura interna fundamental.

2. Desde esta perspectiva, debemos comprender que la identificación del tipo social constituye una herramienta ineludible para juzgar la derogabilidad de los enunciados normativos y verificar la posibilidad de instaurar cláusulas contractuales que introduzcan modificaciones que refuercen la competitividad<sup>128</sup>. En este orden de ideas, las normas imperativas debieran insertarse excepcionalmente, y encontrarse plenamente justificadas en los intereses que pretende proteger<sup>129</sup>, si ello no es así, la autonomía de la voluntad estaría siendo vulnerada injustificadamente.

3. De la mano del nuevo contractualismo, se aprecia una clara tendencia en pos del enaltecimiento de la **flexibilización y simplificación del Derecho societario**, lo que se erigen como un mecanismo de defensa del principio de autonomía de la voluntad. Debido a ello, se ha anhelado la reconstrucción de la libertad de los contratantes, entendida como una herramienta eficiente que permite crear nuevas reglas y, por tanto, brindar una nueva vida al sistema societario existente<sup>130</sup>.

4. Es posible constatar el fortalecimiento de este principio en diversos sectores del Derecho societario. Efectuando un recorrido normativo transversal, vislumbramos lo anterior en diversas manifestaciones, como ocurre con la creación de nuevos tipos societarios más flexibles; una constitución y configuración de la sociedad donde predomina la libertad de los socios; el fortalecimiento de los acuerdos privados; la libre elección de la *lex societatis*; una mayor elasticidad y desarrollo en el ejercicio de ciertos derechos sociales; y el desarrollo de gobiernos corporativos autorregulados.

5. Si bien el Derecho chileno ha acogido buena parte de los principios modernizadores que sobre esta materia se han cultivado, se echa de menos una nueva lectura –y de *lege ferenda* una reconstrucción– completa y consistente que comience con el análisis de una renovación tipológica y el restablecimiento de pautas delimitadoras de las principales características de las figuras societarias, propendiendo al fortalecimiento y desarrollo de la autonomía de la voluntad en los diversos tipos sociales, considerando su respectiva fisonomía y principios configuradores<sup>131</sup>.

6. La formulación de las ideas expuestas dejan de manifiesto la falta de completitud del ordenamiento chileno en la materia que hemos analizado, lo que se debe seguramente a la coexistencia de tipos sociales inspirados en distintos sistemas político-filosóficos y a la ausencia de una revisión normativa integral. Desde esta perspectiva, podría pensarse en la elaboración de una ley general de sociedades con un enfoque

<sup>127</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2010) p. 47

<sup>128</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2010) p. 138.

<sup>129</sup> CERTAD (2008) p. 68.

<sup>130</sup> CÓRDOVA (2000).

<sup>131</sup> En un sentido similar, véase: PAZ-ARES, pp. 252-256.

renovado que uniforme las normas que, sin mayor justificación, difieren entre los diferentes tipos, elimine y agregue otras.

7. La autonomía privada, con las limitaciones naturales que surgen del mismo concepto y aquellas que formula el ordenamiento positivo, debe mantener el carácter de principio rector en el plano de la contratación societaria en las materias que hemos relatados precedentemente.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2003): "Los convenios sobre el voto y las limitaciones de la transferencia de acciones en la sociedad anónima: otra vuelta de tuerca a la autonomía privada", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, N° 1: pp. 113-128.
- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús (1997): "La exclusión de socios", en PAZ - ARES RODRÍGUEZ, Cándido (coord.), *Tratado de la Sociedad Limitada* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado Eds.) pp. 885-930.
- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús (1996): "Modelo de cláusula estatutaria reguladora de la exclusión de socios en una sociedad de responsabilidad limitada", *Revista de Derecho de Sociedades*, N°6: pp. 181-188.
- ALONSO LEDESMA, Carmen (2007): "Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores", en VV.AA., *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal, Libro homenaje a Rafael García Villaverde* (Madrid, Ed. Marcial Pons) pp. 127-158.
- ALONSO LEDESMA, Carmen (2013): "La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios", *Revista de Derecho mercantil*, N°287: pp. 89-128.
- AZOFRA, Fernando (2003): "El informe Winter sobre modernización del Derecho societario en Europa", en *Actualidad Jurídica Uribe y Menéndez*, N°4: pp. 31-44.
- BROSETA PONT, Manuel (1965): *La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil* (Madrid, Ed. Tecnos).
- CERTAD M. Gastón (2008): "Derecho Societario y normas de orden público", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 117: pp. 63-86.
- COLOMBRES, Gervasio (1972): *Curso de Derecho Societario- Parte General* (Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot).
- CÓRDOVA, Pablo Andrés (2000): "La autonomía privada, el gobierno societario y el Derecho de sociedades", *Revista de Derecho Privado*, N°6. Disponible en: <http://portal.uextornado.edu.co/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp6/pabloAndresCordoba.pdf>
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1990): "El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17, N° 2: pp. 301-321.
- DE LA ROSA, F., Esteban (2004): "El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 7: pp. 369-396.
- DÍEZ-PICAZO, ROCA, MORALES (2002): *Los principios del Derecho Europeo de los contratos* (Madrid, Ed. Civitas).
- EMBID IRUJO, José Miguel (2014), "Autonomía de la voluntad y disolución societaria", Disponible en: [http://commenda.es/actualidad\\_interior/207/AUTONOMA-DE-LA-VOLUNTAD-Y-DISOLUCIN-SOCIETARIA](http://commenda.es/actualidad_interior/207/AUTONOMA-DE-LA-VOLUNTAD-Y-DISOLUCIN-SOCIETARIA)

- EMBID IRUJO, José Miguel (2013a): “Crisis económica, Derecho de sociedades y tipología societaria”, en ABRIANI, EMBID (directores), *Crisis económica y responsabilidad de la empresa* (Granada, Ed. Comares) pp. 3-41.
- EMBID IRUJO, José Miguel (2013b): “Aspectos conceptuales y tipológicos de la regulación de las sociedades de capital en el Derecho español”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2: pp. 433-459.
- EMBID IRUJO, José Miguel (1999): “Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital”, *Revista Anales de la Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, (Córdoba, Ed. Advocatus, tomo XXXVII): pp. 145-172.
- ESCRIBANO GAMIR, Cristina (1994): “Ley alemana sobre pequeñas sociedades por acciones y desregulación del derechos de sociedades por acciones”, *Revista de Derecho de Sociedades*, N° 3.
- ESPINA, Daniel (2003): *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general* (Madrid, Ed. Marcial Pons).
- ESPINOSA QUINTERO, Leonardo (2010): “El proceso de flexibilización del régimen societario colombiano: una visión desde la evolución de las figuras empresariales”, *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, Universidad Sergio Arboleda, N°1: pp. 245-284.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (1994): “La nueva sociedad por acciones simplificada del derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación de la tendencia a la desregulación y contractualización del derecho de sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, N° 3: pp. 433-443.
- FARRANDO MIGUEL, Ignacio (1998): *El derecho de separación del socio en la ley de sociedades anónimas y la ley de sociedades de responsabilidad limitada* (España, Ed. Madrid Civitas).
- FAVIER DUBOIS, Eduardo (1991): *La tipología*, en *Doctrina Societaria y Concursal*. Tomo II (Buenos Aires Ed. Errepar).
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis (2002): “Problemas de política y técnica jurídica en Derecho de sociedades: un balance”, en *Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero* (España, McGraw-Hill Interamericana de España Ed. Vol. 1) pp. 159-196.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis (2010): *Derecho de Sociedades* (Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, vol. I).
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis (2011): “La dualidad de tipos de sociedades de capital: análisis y perspectivas”, en FUENTES NAHARRO, Mónica; NAVARRO LÉRIDA, María (coord.) *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España: Cuestiones pendientes de reformar* (España, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, vol. 1) pp. 49-58.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (2004): “Modernización del Derecho de sociedades y mejora del gobierno corporativo en la Unión Europea: Un análisis del plan de Acción presentado por la Comisión”, en VVAA, *Estudios sobre la reforma de los mercados financieros europeos*, Tomo I. (Fundación de Estudios financieros, Madrid) pp. 189-205.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (2006): “La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una sociedad anónima. En torno a la STC 9/2005 de 17 de enero de 2005”, *Revista de Derecho de Sociedades*, N° 26: pp. 269-309.
- FRIDMAN, Susana (2005): “La autonomía de la voluntad y el orden público societario”, *Universidad Nacional del Nordeste, Comunicaciones científicas y tecnológicas*.

- FRIDMAN, Susana (2006): "Hacia un nuevo orden público societario", *Universidad Nacional del Nordeste, Comunicaciones científicas y Tecnológicas*.
- GARCÍA, Rodrigo: "Norma de Información sobre Prácticas de Gobierno Corporativo en Chile". Disponible en: [http://www.svs.cl/portal/publicaciones/610/articulos-16379\\_doc\\_.pdf](http://www.svs.cl/portal/publicaciones/610/articulos-16379_doc_.pdf). Fecha de consulta 15 de mayo de 2014.
- GARCÍA VILLAVERDE, R. (1977): *La exclusión de socios* (Madrid, editorial).
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco (2002): "El criterio de la nacionalidad", *Cuadernos Mercantiles. Derecho de sociedades y conflicto de leyes. Una aproximación contractual*. (Madrid, Ed. Edersa) pp. 91-106.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco (2000): "La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios", *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, N°1: pp. 1-23.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco (2001): "La Sentencia Centros el status quaestionis un año después", *Noticias de la Unión Europea*, N° 195: pp. 79-95.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: "La sentencia del TJCE Uberseering: se podrá decir más alto, pero no más claro", Disponible en: [www.uanm.es/centros7derecho/privado/mercantil/investigación/fga%20%20%20Nota%20uberseering.pdf](http://www.uanm.es/centros7derecho/privado/mercantil/investigación/fga%20%20%20Nota%20uberseering.pdf)
- GARRIDO GARCÍA, José María (2003): "El informe inter y el gobierno societario en la Unión Europea", *Revista de Derecho de Sociedades*, N° 20: pp. 111-133.
- GÓMEZ UGÜERRE, Carlos (2010): "El renacimiento de los tipos societarios contractuales y asociativos", en HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coord.) *Simplificar el derecho de sociedades* (Madrid, Marcial Pons) pp. 175-226.
- GUYON, Ives (2002) *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés* (quinta edición, Francia, Ed. LGDJ).
- HOUIN, Roger (1967): "Problemas jurídicos planteados por el establecimiento de las sociedades comerciales en la Comunidad Europea", *Derecho a la integración*, N° 1: pp. 63-79.
- JARA BAADER, Andrés (2011): "Las juntas de accionistas, objeto de innovación", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N°2: pp. 395-408.
- LOJENDIO OSBORNE, Ignacio; CRUZ RIVERO, Diego (2010): "La Junta General", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo *Derecho Mercantil I*, Vol. 2 (Madrid, Editorial Marcial Pons) pp. 207-241.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005): *Los contratos, Parte general* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- MADRID PARRA, Agustín (2010a): "Las sociedades anónimas cotizadas", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo *Derecho Mercantil I*, Vol. 2 (Madrid, Editorial Marcial Pons) pp. 479-502.
- MADRID PARRA, Agustín (2010b): "La separación y exclusión de socios", en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mercantil I*, Vol. 2° (Madrid, Editorial Marcial Pons) pp. 351-368.
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, José María (2010): "La inoponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad. Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009", *Revista Cuadernos de Derecho y Comercio*, N° 53 pp. 292- 304.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando (2012): "Participación a distancia en la junta", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.; FARRANDO, I.; GONZÁLEZ CASTILLA, F. (dirs.) *Las reformas de la Ley de*

- Sociedades de capital* (segunda edición, Navarra, Ed. Aranzadi, Cizur Menor) pp. 533-558.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume (2010): “La ampliación del derecho de separación del socio en las sociedades de capital cerradas”, en HIERRO ANIBARRO, Santiago (dir.), *Simplificar el Derecho de Sociedades* (Madrid, Marcial Pons) pp. 495-518.
- MARTÍNEZ SANZ, F. (1997) *La separación del socios en la sociedad de responsabilidad limitada* (Madrid, McGraw-Hill).
- MASFERRER, Luz (2006): “Tipicidad societaria y relación asociativa en las sociedades comerciales”, en *Comunicaciones Científicas y tecnológicas* (Universidad Nacional del Nordeste)
- MORAND VALDIVIESO, Luis (2010): *Sociedades* (cuarta edición actualizada, Santiago. Ed. Jurídica de Chile).
- MUÑOZ PAREDES, José (2005) *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las juntas generales* (Madrid, editorial).
- NAVARRO MATAMOROS, Linda (2009): *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades: la SAS francesa y su incidencia en el derecho español* (Granada, Editorial Comares).
- NAVARRO MATAMOROS, Linda, (2011): “Intentos de flexibilización y nueva tipificación en el derecho societario español como medidas de adaptación a las nuevas tendencias del ámbito europeo”, en *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, Universidad Sergio Arboleda, N°1: pp. 188- 226.
- PAILLUSSEAU, Jean (1997): “La modernización del derecho de las sociedades comerciales”, en *La Ley*.
- PALAO MORENO, Guillermo; FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique; ESPINOZA CALABUIG, Rosario; ESPLUGUES MOTA, Carlos (2003): *Derecho del Comercio Internacional* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido (1997): “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)”, en PAZ - ARES RODRÍGUEZ, Cándido (Coord.), *Tratado de la Sociedad Limitada* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado Eds.) pp. 159-206.
- PAZ - ARES RODRÍGUEZ, Cándido (2011): “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, en *Actualidad Jurídica Uría & Méndez, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario*, pp. 252-256.
- PERDICES HUETOS, Antonio (1997): *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones* (Madrid, Ed. Civitas).
- PÉREZ MILLÁN, David (2011) “Pactos parasociales con terceros”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense, N°42: pp. 1-21.
- PRATT, J.W; ZECKHAUSER, R.J. (1991) *Principals and agents: the structure of business* (Boston, Harvard Business School Press).
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2001): *Sociedades* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, tercera edición actualizada).
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2011): *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- RECALDE CASTELLS, Andrés (2009a): “Art. 63. Restricciones a la libre transmisibilidad”, en ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio.; EMBID IRUJO, José; GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos (coord.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas* (Madrid, Ed. Tecnos) pp. 647-665.

- RECALDE CASTELLS, Andrés (2009b): "Consideraciones de política-jurídica sobre el ejercicio de los derechos de voto, asistencia y representación "a distancia" (incluido el voto electrónico) en las sociedades anónimas españolas", *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, N° 19: pp. 19-31.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco (2006): *Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción comparada* (Bogotá, Editorial Legis, tercera edición).
- RICHARD, Efraín H.; MUIÑO, O. (1997): *Derecho Societario* (Buenos Aires, Ed. Astrea).
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio (2003): "La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad", *Revista de Derecho mercantil*, N° 248: pp. 683-718.
- RODAS PAREDES, Paola (2011): *Libertad de establecimiento y movilidad internacional de las sociedades mercantiles* (ciudad, Ed. Comares).
- RODAS PAREDES, Paola (2013): *La separación del socio en la Ley de sociedades de capital* (Madrid, Ed. Marcial Pons).
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando (2013): "La participación por medios electrónicos en las juntas de la sociedad limitada", *Revista de Derecho Mercantil*, N° 289: pp. 75-107.
- RUIZ-CÁMARA Javier; TORREGROSA, Elena (2009): "España: nuevamente a vueltas con la eficacia societaria de los pactos parasociales (a propósito de las SSTs de 6 de marzo de 2009)", *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, N° 24: pp. 65-70.
- SÁEZ LACAVE, María Isabel (2009): "Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, N° 3.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; GONZÁLEZ VEGA, J.; FERNÁNDEZ PÉREZ, B. (1996): *Introducción al Derecho de la Unión Europea* (Madrid, Ed. Eurolex).
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco (2003): "Publicación del informe Winter sobre el Derecho de sociedades en Europa", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 89: pp. 396-400.
- SÁNCHEZ - GONZÁLEZ, Juan (2011): *Diario La Ley* (Ed. La Ley, Año XXXII, N° 7714).
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2003): "¿Hacia un Código Civil Europeo?", en MOYA ESCUDERO, Mercedes; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (Coord.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa* (Madrid, Dykinson) pp. 381-406.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (2002): *Derecho privado europeo* (Granada, Ed. Comares).
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes (2006): *La Facultad de exclusión de socios en la Teoría General de Sociedades* (Madrid, Ed. Thomson Civitas).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2010): *Derecho Comercial* (octava edición, Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- TAPIA HERMIDA, Alberto J. (2010): "Las sociedades cotizadas: Noción y estatuto jurídico", en *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, Universidad Complutense de Madrid, N° 26.
- VAQUERO LÓPEZ, María (2004): "Comentario a la STJCE de 30 de septiembre de 2003, Asunto C-167/01, Inspire Art Ltd", *Revista Derecho de Sociedades*, N° 22: pp. 283-291.
- VÁSQUEZ PALMA, M. Fernanda (2013): *Sociedades. Comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho comercial* (Santiago de Chile, Editorial Legalpublishing-Thomson Reuters).
- ZALDÍVAR y otros (1987): *Cuadernos de Derecho Societario*, Vol. I (Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot).

ZETSCHKE, Dirk A. (2008): “Shareholder Passivity, Cross-Border Voting and the Shareholder Rights Directive” *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 8, N° 2.

Zetsche Dirk A *Corporate Governance in Cyberspace - A Blueprint for Virtual Shareholder Meetings*, Center of Business and Corporate Law Research Paper Series, Heinrich-Heine-Universität-Düsseldorf. CBC-RPS N° 0011 (2005). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=747347> Fecha de consulta: 15 de mayo de 2014.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

*ZAMORA CON SOC. AGRÍCOLA Y GANADERA CHALACO LTDA.* (2012): Corte Suprema, 3 de abril de 2012, validez de pactos parasociales.

*CARRIZO CORVACHO, TERESA CON SOCIEDAD AGRÍCOLA DEL NORTE S.A.* (2012): Corte Suprema, 13 de diciembre de 2012 (validez pactos parasociales).

*INVERSIONES SOCORAMA SA. CON CARTER HOLT HARVEY INTERNATIONAL LIMITED* (1998): Sentencia arbitral, 9 de abril de 1998.

*WEBER KREFT, KART CON INGEMER SERVICIOS INDUSTRIALES* (2010): Corte de Apelaciones de Rancagua, 26 de noviembre de 2010.

## ANEXO N° 1

Año	Total SA	SRL	EIRL	S. en Comandita	S. Colectiva	SpA	S. en comandita por acción	Total
2003	3.883 (16.21%)	18.040 (75.32%)	2.026 (8.45%)	0	1 (0.02%)	0	0	23.950
2004	4.347 (16.89%)	18.160 (70.55%)	3.233 (12.56%)	0	0	0	0	25.740
2005	4.658 (16.30%)	19.769 (69.17%)	4.152 (14.53%)	0	0	0	0	28.579
2006	4.409 (26.86%)	8.350 (50.88%)	3.650 (22.25%)	0	2 (0.01%)	0	0	16.411
2007	4.602 (18.89%)	14.490 (59.47%)	5.155 (21.16%)	0	0	115 (0.48%)	0	24.362
2008	4.175 (26.16%)	7.248 (45.43%)	3.876 (24.29%)	0	0	653 (4.09%)	1 (0.01%)	15.955
2009	4.416 (25.52%)	7.652 (44.22%)	4.201 (24.27%)	0	1 (0.005%)	1.033 (5.96%)	0	17.307
2010	3.841 (8.73%)	27.024 (61.41%)	10.356 (23.53%)	0	0	2.670 (6.06%)	3 (0.01%)	44.007
2011	3.899 (6.67%)	34.404 (58.88%)	14.632 (25.04%)	0	1 (0.01%)	5.406 (9.25%)	0	58.432
2012	3.347 (5.03%)	37.641 (55.07%)	17.618 (25.82%)	0	1	9.587 (14.03%)	0	68.329
2013	2.289 (4.16%)	27.234 (49.53%)	14.182 (25.82%)	0	0	11.259 (20.47%)	0	54.980

ANEXO N° 2

	Formalidades de constitución	Derechos y obligaciones de los socios	Administración	Capital social, beneficios y pérdidas	Forma de resolver conflictos	Otras materias
<b>Colectiva civil</b>		Responsabilidad de los socios (2095 CC) Imposibilidad de incorporar a un tercero a la sociedad (2088 CC) sin el consentimiento unánime de los restantes socios	Causales de renuncia de administrador nombrado en el acto constitutivo (2072 CC)			Causales de disolución de la sociedad (2098 y ss. CC) División (20115 CC)
<b>Colectiva comercial</b>	Solemne (350/354 Cco.) Estatutos deben respetar elementos esenciales de la sociedad (352 CCo.) Modificación estatutos solemne (350-361)	Responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios (370 CCo.) Prohibiciones de los socios (Art. 404 y 406 CCo.)		Objetos de aporte (Art. 376 Cco.) y lo que no puede aportarse (377 CCo.)	Arbitraje obligatorio (415 Cco. y 227 COT)	Razón social (366 CCo.) Causales de disolución (407 CCo.) Liquidación (408-418 Cco.)
<b>Responsabilidad limitada civil y comercial</b>	Solemne (2° y 3° Ley 3918) Limitación de objeto (2° Ley 3918).	Responsabilidad limitada de los socios (2° 3918)				Razón social contener palabra “limitada” (4° 3.918)
<b>Por acciones</b>	Solemne (425-426 Cco.)	Responsabilidad limitada de los socios (429 CCo.)			Arbitraje obligatorio (441 Cco.)	Objeto siempre se entenderá comercial (425 CCo.) Transformación sociedad a sociedad anónima (430)
<b>En comandita simple civil</b>		Prohibición de que el nombre del comanditario figure en la razón social (2062 CC)				
<b>En comandita simple comercial</b>	Solemne (474 Cco.)	Responsabilidad socios gestores (483 CCo.) Prohibición al comanditario de efectuar actos de administración (484 CCo.) Nombre comanditarios no debe figurar razón social (476 Cco.)		Aporte limitado comanditario (478 CCo.)	Arbitraje obligatorio (474, 415 Cco. y 227 COT)	

	Formalidades de constitución	Derechos y obligaciones de los socios	Administración	Capital social, beneficios y pérdidas	Forma de resolver conflictos	Otras materias
<b>En comandita por acciones</b>	Solemne (491 Cco.) Verificación de valores de aportes (496 CCo.)	Responsabilidad junta de vigilancia (502 CCo.)		Limitación de la división de acciones (492 Cco.) Acciones nominativas (493 CCo.) Negociabilidad de las acciones (495 CCo.)	Arbitraje obligatorio (474, 415 Cco. y 227 COT	Establecimiento de junta de vigilancia (498 CCo.) Sanciones por emisión de acciones (503-505 CCo.) Representación en juicio (506 CCo.)
<b>Anónimas abiertas</b>  <b>(Normas aplicables a las sociedades anónimas abiertas especiales, además de los arts. 126 a 132 LSA)</b>	Solemne (4° y 5° LSA) La escritura debe expresar cláusulas esenciales: Ej: Nombre de sociedad, objeto, capital social y número de acciones en que es dividido, individualización socios, organización de administración y fiscalización (4° y 8° LSA)	Responsabilidad accionistas (19 LSA) Sanciones frente al no pago o no registro de acciones (17 y 18 LSA) Imposibilidad de contemplar series de acciones con derecho a voto múltiple (21 LSA) La adquisición de acciones implica la aceptación de estatutos y pagos de acciones (22 LSA) Los accionistas deben ejercer sus derechos respetando los de la sociedad y demás accionistas (30 LSA) Organización y ejercicio de derechos: juntas de accionistas (55, 56, 57, 58 59, 61, 62, 63, 66, 67, 68, 69, 69 bis, 70, 71 y 72 LSA)	Organización administrativa  Mínimo directores: 5 más director independiente (31 y 50 bis LSA) Prohibición para ser directores (35 y 36 LSA) Inhabilitación (37 LSA) Ejercicio de funciones (39 y 48° LSA) Limitación de funciones (42 LSA) Funcionamiento del directorio (47-48 LSA)  Conflictos de interés y operaciones con partes relacionadas (146 a 149 LSA)  Normas sobre responsabilidad de los administradores (7°, 15°, 41°, 42°, 43°, 45°, 46°, 106°, 133°)	Capital fijado y dividido de manera precisa ( 10 y 11 LSA)  Acciones nominativas, traspaso regulado por el reglamento (12 LSA)  Tipos de acciones (20 LSA) Aumentos de capital. Límite de plazo (24 LSA)  Adquisición de acciones de propia emisión (Art. 27 A, 27 B, 27 C, y 27 D LSA)  Reducción de capital. Quórums (28 LSA)  Pago de dividendos (78 LSA)  Imposibilidad de establecer limitaciones a la libre disponibilidad de acciones (Art. 14 LSA)	Limitación de la facultad de llevar el conflicto a la justicia estatal, si nada se ha señalado en los estatutos sobre el arbitraje, respecto de directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad, así como de ciertos accionistas. (125 LSA).	Obligación de mantener a disposición de sus accionistas estatutos actualizados (7° LSA).  No se pueden incluir en los estatutos limitaciones a la libre disposición de las acciones (14° LSA)  Fiscalización administración (52, 53 y 54 LSA)  Necesidad de efectuar balance y respetar los principios de contabilidad general ( 73, 74, 75, 76, 77)  Filiales y coligadas (86 a 93 LSA)  División, transformación y fusión (94 a 100 LSA)  Quiebra (101, 102 LSA)  Causales de disolución (103, 104, 105, 107, 108 LSA)  Liquidación (108 a 118 LSA)  Posibilidad que una agencia extranjera opere en Chile (121 y ss. LSA)  Necesidad de registro (135 LSA)

Anónimas cerradas	Formalidades de constitución	Derechos y obligaciones de los socios	Administración	Capital social, beneficios y pérdidas	Forma de resolver conflictos	Otras materias
	<p>Solemne (4° y 5° LSA)</p> <p>Reforma de estatutos (67 LSA)</p>	<p>Responsabilidad accionistas (19 LSA)</p> <p>Sanciones frente al no pago o no registro de acciones (17 y 18 LSA)</p> <p>Imposibilidad de contemplar series de acciones con derecho a voto múltiple (21 LSA)</p> <p>La adquisición de acciones implica la aceptación de estatutos y pagos de acciones (22 LSA)</p> <p>Los accionistas deben ejercer sus derechos respetando los de la sociedad y demás accionistas (30 LSA)</p> <p>Organización y ejercicio de derechos: juntas de accionistas (55, 56, 57, 58 59, 61, 62, 66, 67, 68, 69, 70, 71 y 72 LSA)</p>	<p>Organización administrativa</p> <p>Mínimo directores: 3 (31 LSA)</p> <p>Prohibición para ser directores (35 y 36 LSA)</p> <p>Inhabilitación (37 LSA)</p> <p>Ejercicio de funciones (39 y 48° LSA)</p> <p>Limitación de funciones (42 LSA)</p> <p>Conflictos de interés (44 LSA)</p> <p>Normas sobre responsabilidad de los administradores (7°, 15°, 41°, 43°, 45°, 46°, 133° LSA)</p>	<p>Capital fijado y dividido de manera precisa ( 10 y 11 LSA)</p> <p>Acciones nominativas, traspaso regulado por el reglamento (12 LSA)</p> <p>Tipos de acciones (20 LSA)</p> <p>Aumentos de capital. Límite de plazo (24 LSA)</p> <p>Adquisición de acciones de propia emisión (Art. 27 A, 27 B, 27 C, y 27 D LSA)</p> <p>Reducción de capital. Quórum (28 LSA)</p> <p>Pago de dividendos (78 LSA)</p>	<p>Limitación de la facultad de llevar el conflicto a la justicia estatal, si nada se ha señalado en los estatutos sobre el arbitraje, respecto de directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad, así como de ciertos accionistas. (125 LSA).</p>	<p>Obligación de mantener a disposición de sus accionistas estatutos actualizados (7° LSA)</p> <p>No se pueden incluir en los estatutos limitaciones a la libre disposición de las acciones (14° LSA)</p> <p>Fiscalización administración (51 y 54 LSA)</p> <p>Necesidad de efectuar balance y respetar los principios de contabilidad general ( 73, 74, 75 77)</p> <p>Filiales y coligadas (86 a 93 LSA)</p> <p>División, transformación y fusión (94 a 100 LSA)</p> <p>Quiebra (101, 102 LSA)</p> <p>Causales de disolución (103, 104, 105, 108 LSA)</p> <p>Liquidación (108 a 118 LSA)</p>

