

**Algunos aspectos sobre el Derecho societario desde la perspectiva del Análisis
Económico del Derecho**

Índice.

1. Introducción.

2. Nociones básicas sobre el derecho societario.
 - 2.1 La sociedad como contrato e institución.
 - 2.1.1. El contrato.
 - 2.1.2 Sociedad.
 - 2.2. El sistema societario chileno.
 - 2.3. Instituciones.
 - 2.4. Aproximaciones doctrinales.
 - 2.4.1. Teoría de la institución.
 - 2.4.2. La sociedad como contrato.
 - 2.4.3. Teorías unilateralistas.
 - 2.4.4. La sociedad como contrato plurilateral o de organización.
 - 2.5. La sociedad anónima o “Corporation” como ente fundamental del capitalismo.
 - 2.6. El derecho societario.
 - 2.6.1. Breve evolución.
 - 2.6.2. La evolución de la sociedad anónima.

3. El Análisis Económico del Derecho.
 - 3.1. Breve evolución.
 - 3.2. Concepto e ideas fundamentales.

4. ¿Existe alguna posibilidad de vincular conceptualmente el Análisis Económico del Derecho con el derecho societario?

4.1. Generalidades.

4.2. Intentando responder la pregunta.

4.2.1. Perspectiva desde “La naturaleza de la firma” de Coase.

4.2.2. El problema de agencia.

4.2.2.1. Conceptos.

4.2.2.2. Los problemas del problema.

4.2.4. Esbozando algunos problemas prácticos que plantean ciertos esquemas societarios.

5. Conclusiones.

6. Bibliografía.

Algunos aspectos sobre el derecho societario desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho

Tania Arce Araneda

1. Introducción

Este trabajo pretende:

- a) Enunciar y describir las características generales del derecho societario.
- b) Enunciar y describir las características generales del Análisis Económico del Derecho.
- c) Explorar la posibilidad de aplicar adecuadamente las categorías conceptuales del AED al Derecho societario.
- d) Explicar algunos problemas prácticos que podrían ser resueltos de acuerdo a la aplicación de conceptos del AED al Derecho societario.

Para ello, partiremos enunciando ciertos conceptos básicos del derecho de sociedades, indispensables para una mejor comprensión del enfoque que daremos a esta investigación. Nos referimos a los conceptos de contrato, institución y sociedad, y las vinculaciones que existen entre ellos en el ordenamiento jurídico chileno y la doctrina.

Luego, nos adentraremos en el sistema societario chileno; analizaremos brevemente los distintos tipos de sociedades que existen en él, la naturaleza jurídica que reconoce el ordenamiento jurídico a las sociedades, y por sobre todo a la sociedad anónima, y algunas opiniones doctrinarias al respecto.

Analizaremos qué rol juega la sociedad anónima en nuestro actual sistema económico, el capitalismo. Para lo cual daremos cuenta de la evolución histórica que ha

tenido el derecho de sociedades, y por sobre todo la sociedad anónima en el derecho chileno.

Posteriormente, nos referiremos al Análisis Económico del Derecho como disciplina jurídica, en qué consiste y de qué se ocupa; daremos cuenta de su evolución histórica a nivel mundial y en Chile; estableceremos los que han sido catalogados como conceptos o ideas fundamentales del mismo por sus autores, a saber, la racionalidad, la eficiencia y el Teorema de Coase.

Pasando así de lleno, a desarrollar la tesis medular del presente trabajo, esto es, la estrecha vinculación conceptual, que a nuestro juicio existe, entre esta disciplina y el derecho societario actual, tomando como puntos principales de análisis la teoría del nexo contractual societario, el análisis de la reducción de costos de contratación y, los denominados costos de agencia. Para así dar paso al análisis de ciertos problemas prácticos actuales que es posible apreciar en el desarrollo practico-profesional, de ciertos modelos societarios en nuestro país.

2. Nociones básicas sobre el derecho societario

2.1. La sociedad como contrato e institución

Para poder iniciar el tema de investigación, es necesario establecer ciertas nociones básicas, como por ejemplo, aquellas referidas a contrato, institución y sociedad.

2.1.1. El contrato.

Es una de las nociones básicas del derecho privado y resulta de singular importancia explicar alguno de sus orígenes.

Para el Código Civil chileno, es un acto jurídico bilateral o convención que crea derechos y obligaciones. El artículo 1438 del Código Civil define a su vez el contrato o convención como un “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

Desde el punto de vista del derecho comercial el contrato es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto un acto de comercio u operación mercantil, que a su vez, es toda aquella regulada por el Código de Comercio. Nuestro ordenamiento jurídico no define lo que es un acto de comercio, sino que “los describe prácticamente, enumerándolos con el debido orden, precisión y calidad”¹ en el artículo 3° del Código de Comercio.

2.1.2. Sociedad.

En cuanto al concepto de sociedad, esta puede ser civil o mercantil. La sociedad civil obedece al concepto del artículo 2053 del Código Civil que dice: “la sociedad o

¹ Sandoval López, Ricardo. DERECHO COMERCIAL, TOMO I, VOLUMEN 1, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición Actualizada, pág.47.

compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”.

Por su parte, la sociedad mercantil o sociedad comercial, esaquella sociedad que tiene por objetivo la realización de uno o más actos de comercio, o en general, una actividad sujeta al derecho mercantil. La ley les reconoce personalidad jurídica propia y distinta de sus miembros, y contando también con patrimonio propio, canalizan sus esfuerzos a la realización de una finalidad lucrativa que es común; y los beneficios que resulten de las actividades realizadas, solamente serán percibidos por los socios.

2.2. El sistema societario chileno.

Se encuentra en la actualidad integrado de los siguientes tipos de sociedades: a) sociedad colectiva; b) sociedad de responsabilidad limitada; c) sociedad en comandita; d) sociedad anónima, que puede ser abierta o cerrada; e) sociedad por acciones; y f) empresa individual de responsabilidad limitada.

- a) Sociedad Colectiva: “Aquella en que los socios administran por sí o por mandatarios elegidos de común acuerdo y responden en forma indefinida y solidaria de las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad”.²
- b) Sociedad de responsabilidad limitada: “Es aquella en que todos los socios administran por sí o por mandatarios elegidos de común acuerdo y en que la responsabilidad de los socios está limitada al monto de sus aportes o a la suma que a más de estos se determina en los estatutos sociales”.³

² Sandoval López, Ricardo. DERECHO COMERCIAL, TOMO I VOLUMEN 2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, pág. 38.

³ Sandoval López, Ricardo. Ob. Cit., pág. 72.

- c) Sociedad encomandita: El Código Civil en su artículo 2061 inciso 3° señala que “es sociedad en comandita aquella en que uno o más de los socios se obligan solamente hasta concurrencia de sus aportes”. Por su parte, el Código de Comercio en su artículo 470 inciso 1° señala que “sociedad en comandita es la que se celebra entre una más personas que prometen llevar a la caja social un determinado aporte, y una o más personas que se obligan a administrar exclusivamente la sociedad por sí o por sus delegados y en su nombre particular”. De las definiciones anteriores se desprende que “en ellas hay dos tipos de socios; los que aportan bienes para constituir el capital social, llamados socios comanditarios, y los que tienen a cargo la administración exclusiva de la sociedad, llamados socios gestores. Se trata de sociedades de carácter mixto, por cuanto los socios comanditarios o capitalistas, se rigen en principio, por las normas de las sociedades de capitales, en tanto que los socios gestores se rigen por las reglas aplicables a las sociedades de personas. Hay dos clases de sociedades en comandita; la en comandita simple y la en comandita por acciones”.⁴ La primera está definida en el artículo 472 del Código de Comercio como “aquella que se forma por la reunión de un fondo suministrado en su totalidad por uno o más socios comanditarios, o por éstos y los socios gestores a la vez”. La segunda se encuentra definida en el artículo 473 del Código de Comercio como aquella que “se constituye por la reunión de un capital dividido en acciones o cupones de acción y suministrado por socios cuyo nombre no figura en la escritura social”.
- d) Sociedad anónima: De acuerdo al artículo 1° de la Ley numero 18.046 sobre sociedades anónimas, “es una persona jurídica, formada por la reunión de un

⁴Sandoval López, Ricardo. DERECHO COMERCIAL, TOMO I VOLUMEN 2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, pág. 28.

fondo común, suministrado por accionistas responsables solo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables”. Esta puede ser abierta o cerrada, las primeras son aquellas que inscriben, voluntariamente o por obligación legal, sus acciones en el Registro de Valores; las segundas son las que no califican como abiertas, es decir, no inscriben sus acciones en el Registro de Valores, ni como especiales, que son aquellas reguladas en el título XIII de la ley número 18.046.

- e) Sociedades por acciones: Son personas jurídicas creadas por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado por escrito, inscrito en el Registro de Comercio y publicado en el Diario Oficial, cuya participación en el capital es representada por acciones. (Artículos 424 y siguientes del Código de Comercio).
- f) Empresa individual de responsabilidad limitada: El artículo 2 de la Ley número 19.857 señala que “es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por ley a las sociedades anónimas”.

2.3. Instituciones.

Este concepto es de origen sociológico político, porque habrá que recurrir a esas ciencias para una primera aproximación. Entenderemos por institución el “conjunto de normas, valores y costumbres que rigen un determinado comportamiento social. Y que las normas jurídicas reúnen”.⁵

⁵ <http://scielo.unam.mx/pdf/rius/v6n29/v6n29a4.pdf>

En tal sentido, las instituciones son mecanismos de índole social, que procuran ordenar y normalizar el comportamiento de un grupo de individuos. En ese sentido trascienden las voluntades individuales, constituye una realización independiente de la voluntad subjetiva de individuos determinados y que se caracteriza por su duración en el medio social, identificándose así con la imposición de un propósito, en teoría considerado como un bien social, es decir: *normal* para el grupo. Su mecanismo de funcionamiento varía ampliamente en cada caso, aunque se destaca la elaboración de numerosas reglas o normas que suelen ser poco flexibles y moldeables. La institución no necesariamente es un lugar físico, pues las **normas de conducta** y las **costumbres** que rigen una sociedad también se consideran instituciones. En este sentido, una institución es una estructura del orden social que rige el funcionamiento de una sociedad.

2.4. Aproximaciones doctrinales:

Una vez dicho esto, debemos mencionar las aproximaciones de la doctrina que sostiene que la sociedad comercial es un contrato plurilateral y que otras sostienen que la sociedad es un acto colectivo; y finalmente aquellas que sostienen es una institución nacida de un contrato o de un acto colectivo.

2.4.1. Teoría de la Institución.

Como sostiene el profesor Oscar Torres, esta teoría, que nace en Francia, “reconoce el carácter contractual de la sociedad en cuanto al acto constitutivo y postula que una vez creada surge como institución

con independencia de los socios que la integran y se ubica en una posición intermedia entre el Estado y las personas”.⁶

El contrato originario daría nacimiento a una institución, esto es, un organismo que tiene por fin la realización de un interés intermedio entre el interés del individuo y el del Estado. La sociedad sería un sujeto de Derecho dotado de un interés legítimo distinto de los intereses de los individuos que la componen⁷; y este interés tendría como característica primordial su perdurabilidad en el tiempo, a diferencia de lo que ocurre con los intereses que emanan de un contrato que solo tienden a la operación única para la que cobrarían vida.

Es cierto que en el origen de toda sociedad hay un acuerdo de voluntades que origina un contrato. Pero los actos que después se realizan a lo largo de la vida de la sociedad, no son actos de ejecución de ese contrato, sino una actividad compleja, imposible de quedar prevista de antemano y distinta en cada caso, tendiente a dar cumplimiento al objeto social, que fue solo determinado de un modo genérico en el contrato. Dicha complejidad está determinada por las distintas y variadas actuaciones que debe realizar a lo largo de su existencia la sociedad para la realización de su objeto, como por ejemplo, abastecerse de insumos, mano de obra, etc. Para ello debe contratar bienes y servicios con diversos proveedores, y no es lógico pensar que estas actuaciones están ejecutando el contrato que dio origen a la sociedad.

⁶ Torres Zagal, Oscar. DERECHO DE SOCIEDADES, Santiago, Legal Publishing, año 2008, pág. 23.

⁷ Torres Zagal, Oscar. Ob. Cit., pág. 23.

Esta actividad posterior se regula a través de estatutos y no normas contractuales. Pues es en estos estatutos en donde los socios estipulan quienes administraran la sociedad y forma en que lo harán.

*“Esta teoría de la institución está acogida en nuestra Ley 18.046 de Sociedades Anónimas de 1981, sobre todo a partir de la reforma incorporada por la Ley 19.705 del año 2000, que refuerza el concepto de la teoría de los órganos societarios y el gobierno corporativo”.*⁸

2.4.2. La sociedad como contrato.

La teoría clásica o contractualista⁹ entiende a la sociedad como un contrato bilateral y conmutativo, es decir, las partes que crean la sociedad se obligan recíprocamente a dar hacer o no hacer algo a favor de la otra; y ese dar, hacer o no hacer que emana de ambas partes, se miraría como equivalente.

Ahora bien, si examinamos el contrato de sociedad, veremos que no se ajusta a la definición de contrato que acabamos de exponer. Por una parte, no se da la contraposición de intereses entre las partes, ni la interdependencia de las obligaciones, ni éstas son o se miran como equivalentes. Y por otra, lo que nace con el contrato de sociedad es una persona jurídica completamente independiente de quienes la crearon.

El artículo 545 del Código Civil, en su inciso primero, señala: “se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y

⁸ Torres Zagal, Oscar. DERECHO DE SOCIEDADES, Santiago, Legal Publishing, año 2008, pág. 23.

⁹ “Tiene su origen en el derecho romano, pero alcanza su mayor auge durante el siglo XIX durante la codificación”. Torres Zagal, Oscar .Ob. Cit., pág. 20.

contraer obligaciones civiles, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente”.

Para los autores, el origen del desarrollo de este sujeto de derecho distinto de las personas o bienes que lo integran, está en las corporaciones del Derecho romano tardío. “Pero no cabe duda que la noción de un ente real o ficticio distinto de sus componentes adquirió plena formulación en la Baja Edad Media”.¹⁰

Ahora bien, el primero en desarrollar una teoría de la personalidad jurídica fue Savigny en su obra “Sistema de Derecho Romano Actual”. “Sostiene que la personalidad jurídica es una ficción del legislador que asimila de algún modo una entidad de universalidad de bienes o personas a una persona física”.¹¹ Esta es la denominada “teoría de la ficción”.

La teoría realista, por su parte, ve en la personalidad jurídica el reconocimiento de una realidad efectiva.

Es cierto que hoy en día no podemos sostener que Cencosud, por ejemplo, es una ficción de nuestro legislador; pero tampoco podemos negar que es el ordenamiento jurídico el que le otorga su calidad de sujeto de derecho.

En definitiva, como señala el profesor Juan Esteban Puga Vial, “fundamentalmente la personalidad jurídica es la atribución de la calidad de sujeto de derecho a una entidad abstracta distinta de una persona

¹⁰ Puga Vial, Juan Esteban. LA SOCIEDAD ANONIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2011, pág. 48.

¹¹ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit., pág. 53.

física”.¹² Dicha entidad abstracta puede ser una universalidad de bienes o una sociedad de personas, que constituyen un todo debido a la finalidad para la que se reunieron.

2.4.3. Teorías Unilateralistas

Estas teorías tienen su origen en las críticas que se le formulan a la teoría clásica, y pretenden demostrar que el acto mediante el cual nace una sociedad es unilateral y no bilateral, ya que se forma por la existencia de una sola voluntad, o bien, de varias voluntades con un mismo fin económico y social.

La sociedad sería entonces, un acto unilateral constituido por la expresión de las voluntades de los socios dirigidas a la creación de una persona distinta de ellos.

Dentro de la Teoría Unilateralista encontramos dos posiciones: a) quienes sostienen la doctrina del acto colectivo, y; b) quienes sostienen la doctrina del acto complejo.¹³

La doctrina del Acto Complejo postula que una vez manifestada la voluntad de los socios en torno a dar nacimiento a la sociedad, todas esas voluntades se funden en una sola perdiendo su autonomía, es decir, los socios actúan como una unidad con una misma voluntad mientras la sociedad exista.

Por su parte, la Doctrina del Acto Colectivo postula que una vez que ha nacido la sociedad, sus socios siguen teniendo voluntad propia, independiente, pero ésta siempre tiende a la sociedad. Es decir, las partes se ponen de acuerdo en cuanto al

¹² Puga Vial, Juan Esteban. LA SOCIEDAD ANONIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2011, pág. 53.

¹³ Torres Zagal, Oscar. DERECHO DE SOCIEDADES, Santiago, Legal Publishing, año 2008, pág. 21.

resultado que pretenden conseguir, mediante una declaración de voluntad unitaria hecha con miras hacia el exterior; y en el interior lo que existe es una comunión de declaraciones de voluntad de igual contenido, tendientes a una misma consecuencia jurídica en la que cada uno de los intervinientes participa por cuota. Dicho de otro modo, los socios una vez constituida la sociedad, tienen voluntad propia e independiente, pero debido a que todos al asociarse buscan la misma consecuencia jurídica, sus actos individuales siempre tenderán a beneficiar los objetivos de la sociedad.

2.4.4. La sociedad como contrato plurilateral o de organización.

Esta teoría postula que cada socio celebra el contrato de sociedad con todos los demás, a diferencia de lo que ocurre con los contratos de cambio. Las obligaciones de las partes serían equivalentes, y cada una tendría su propio interés dentro de la sociedad, lo que no obsta a que las distintas voluntades y obligaciones se dirijan en una misma dirección, que es, precisamente, la causa del contrato.

Se critica, pues no sería útil en práctica la administración de la sociedad, ya que se requeriría la aprobación de cada uno de los socios de cada decisión o acto que ésta quisiera llevar a cabo. De hecho, en nuestra práctica esto no ocurre así, salvo determinadas excepciones; por ejemplo, la administración de las sociedades anónimas en nuestra legislación está entregada a un directorio, elegido por los accionistas, que a su vez delega sus facultades en un gerente general que en la práctica es quien toma las decisiones importantes relativas al giro del negocio al que se dedica la sociedad, no son los socios o accionistas quienes se reúnen a

deliberar respecto de cada decisión que se deba tomar para el funcionamiento de la empresa, pues esto entorpecería enormemente la libre circulación de los bienes y la actividad económica de un país y en definitiva no se cumpliría con la finalidad por la que nació en primera instancia la sociedad, esto es, maximizar los beneficios y ganancias que se pueden obtener de la explotación de una actividad respecto del empresario individual ejerciendo la misma actividad.

El profesor Juan Esteban Puga Vial señala en su libro “La Sociedad Anónima y Otras Sociedades por Acciones en el Derecho Chileno y Comparado”, respecto de las Teorías recién expuestas que:

*“No cabe duda que nuestros Códigos decimonónicos adoptaron la tesis a la sazón en boga y esa no es otra que la tesis contractualista. Pero nos parece que pese a que ello pudo estar en la mente de los legisladores, las reglas que ellos mismos se dieron no se pueden clarificar solo desde la perspectiva contractualista romana. Para nosotros la sociedad no es un contrato, sino que **nace** o, para emplear las palabras del Código Civil, se **forma** mediante un contrato o acto jurídico colectivo fundacional. Esta tesis no es compartida por quienes sostienen que la personalidad jurídica no define la sociedad, pero para nosotros la personalidad jurídica si es un elemento de la esencia de la sociedad en los términos en que está concebida en nuestra ley, sin perjuicio de no desconocer que existen otras formas asociativas, nominadas o no, que semejan mucho a la sociedad, como por ejemplo las medierías y aparcerías, la asociación o cuentas en participación, y hasta la comisión ejecutada por un comisionista independiente. Para nosotros cualquier forma asociativa que no conduzca a la formación de una persona jurídica no es sociedad y el acuerdo de voluntades que al respecto se origine no es un contrato de sociedad en los términos que la concibe nuestra legislación positiva. En buena medida las tesis que se elaboraron como contrapunto a la teoría clásica o contractualista ponen el acento en el carácter organizativo o institucional. No están en contraste con la tesis*

contractualista, sino que la ahondan y especifican. En gran medida, el error de quienes creen ver en la personalidad jurídica un elemento de la naturaleza del contrato de sociedad confunden las formas asociativas con el contrato nominado de sociedad. Para nosotros, la sociedad es un contrato cuya función es precisamente crear una persona jurídica distinta de los socios, con patrimonio, nacionalidad, domicilio, nombre o razón social propios. Las otras formas asociativas no son sociedad. Es más propio de la sociedad ser una persona jurídica que ser un contrato y de hecho existen sociedades que no tienen un origen contractual, como las sociedades legales –en contraste a contractuales- mineras”¹⁴.

2.5. La sociedad anónima o “corporation” como ente fundamental del capitalismo.

La Real Academia Española define capitalismo como un régimen económico fundado en el predominio del capital como elemento de producción y creador de riqueza.

Según el economista austríaco Ludwig von Mises, el capitalismo es un sistema económico planificado racionalmente a través de los esfuerzos combinados e interesados de todos los que participan en él. Este sistema económico y social, recibe también el nombre de economía de mercado, y tiene como característica principal la propiedad privada de los medios de producción y supone que las personas que lo forman actúan con libertad, por su cuenta y sus acciones y conductas se dirigen a la satisfacción de las necesidades propias y ajenas.¹⁵

Adam Smith considera al capitalismo como el estadio natural de las relaciones sociales.

¹⁴ Juan Esteban Puga Vial, LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO, Editorial Jurídica Chile, año 2011, pág. 77.

¹⁵ http://capitalismo.ufm.edu/index.php/%C2%BFQu%C3%A9_es_el_capitalismo%3F

Es esencial a este sistema el principio de “libertad económica”, que en Chile se contempla en el artículo 19, n° 21 de la Constitución Política de la República de 1980 y que señala: “el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria al orden público, la moral o la seguridad nacional”. Este principio es la piedra angular del Orden Público Económico del texto constitucional.

Un subprincipio de la libertad económica es la libertad de empresa: Éste propone que todas las empresas sean libres de conseguir recursos económicos y transformarlos en una nueva mercancía o servicio que será ofrecido en el mercado.

En esta especial garantía se distingue: a) escoger el tipo de negocio que se desarrollará; b) el momento en que se hará y; c) la forma en que se llevará a cabo.

- a) Escoger el tipo de negocio que se desarrollará: el empresario puede elegir libremente la actividad que desee como objeto de su empresa,¹⁶ excepto aquellas que sean contrarias a la moral, al orden público o la seguridad nacional. Un objetivo prioritario del ejercicio de cualquier actividad económica es la producción de bienes o servicios con el objeto de generar beneficios. Dicho ejercicio comprende necesaria e ineludiblemente la libertad de administración y de inversión, esto es, el derecho de decidir, asumiendo el riesgo de ganancia o pérdida, la destinación de los recursos para la consecución de los fines empresariales, fijando las políticas comerciales, las pautas de contratación con terceros, los precios y los posibles márgenes de utilidad. Las mencionadas

¹⁶http://www.uam.es/personal_pdi/derecho/jarsey/1asignaturas/da_economico/lecturasdaeconomico/sesio n6_libertad_empresa.pdf

actividades no se pueden concebir en un sistema donde el derecho a desarrollar cualquier actividad económica no se respete.¹⁷

- b) El momento en que se hará: el empresario tiene la libertad de decidir cuando poner en marcha una empresa o negocio, por cuanto tiempo lo hará y en qué momento dejará de explotar dicho negocio; todo en base a los miramientos que haya tenido en cuenta al momento de comenzar con su actividad y a los beneficios que haya percibido o no.
- c) La forma en que se llevará a cabo: El empresario es libre de decidir de qué forma organizará su empresa, que tipo de sociedad constituirá para llevarla a cabo, cuales serán los estatutos que la regirán, con quienes contratará, etc. Teniendo como marco el ordenamiento jurídico vigente.

Hay efectos de esta libertad de empresa en el ámbito laboral, porque los trabajadores (que aumentarían gracias al crecimiento empresarial) pueden elegir libremente al momento de escoger un trabajo con quien contratarán; y los consumidores al momento de elegir un producto o servicio determinado también, maximizando así la relación precio-calidad.

Dicho todo lo anterior, no podemos dejar de afirmar que la sociedad mercantil, y por sobre todo, la sociedad anónima, es el ente fundamental del capitalismo, pues gracias a ella se forman los capitales que mueven la economía. Es evidente que una persona natural como individuo no tiene la misma capacidad de desarrollo y crecimiento que una sociedad, ya que ésta al reunir o asociar a varias personas naturales aportando con sus capitales tendrá mayor capacidad de producción, inversión, endeudamiento,

¹⁷ <https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/2/D123T0784/27/.../191865>. Ribera Neumann, Teodoro. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA: LA INDIVIDUALIDAD DETERMINADA Y LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO, pág. 5.

etc.; logrando así poner en marcha la economía de un país o región determinada de forma mucho más rápida y eficiente.

La sociedad anónima esta definida en el artículo 1 de la Ley 18.046 de la siguiente manera: La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.

La sociedad anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil.

Dentro del tipo que distingue a las sociedades anónimas, es la sociedad anónima abierta la que refleja completamente al capitalismo como sistema económico. En ella los inversionistas aportan grandes sumas de dinero y al poder negociarse en el mercado de valores sus acciones cualquiera tiene acceso a adquirirlas, dando pie a la libre circulación de los bienes. Se entiende por sociedad anónima abierta, según la ley: “aquellas que inscriban voluntariamente o por obligación legal sus acciones en el Registro de Valores”. El artículo 1º del Reglamento de Sociedades Anónimas señala que son sociedades anónimas abiertas:

- a) Aquellas que tienen 500 o mas accionistas.
- b) Aquellas en que, a lo menos, el 10% de su capital suscrito pertenece a un mínimo de 100 accionistas, excluidos los que individualmente, o a través de otras personas naturales o jurídicas, excedan dicho porcentaje, y
- c) Aquellas que inscriban voluntariamente sus acciones en el Registro de Valores.

2.6. El Derecho societario

2.6.1. Breve evolución.

Desde el punto de vista de la Historia del Derecho, los primeros en regular la sociedad fueron los romanos, quienes empleaban el término *societas*¹⁸. Estos la concebían como un medio para vincular a dos individuos con el fin de realizar una actividad, en donde dichos individuos debían aportar un capital, para luego repartirse las ganancias que el negocio produjese. Por su parte, la noción de *compañía* proviene del Bajo Medioevo. *“Al parecer, las primeras formas asociativas de emprendimiento en Occidente aparecen con la comenda, una suerte de jointventure temporal normalmente asociada a una aventura de comercio marítimo y limitada a operaciones determinadas”*.¹⁹ En los contratos de “comendas” había un socio capitalista o “comendador” que aportaba el cien por ciento del capital, y un socio que con el capital antes mencionado, realizaba la expedición marítima denominado “commendatario”.

El constante crecimiento del intercambio de bienes demandó la creación de otras figuras asociativas, pues si bien es cierto, el contrato de comendas cumplía con el objetivo de realizar una expedición marítima para comercializar mercaderías, éste se disolvía una vez que la expedición terminaba, se devolvían los aportes y se repartían las ganancias. Es así que surgen las “*compagnias*”, las que partieron como sociedades familiares creadas para una operación específica o por un lapso determinado de tiempo.²⁰ Pero en este trabajo nuestro principal interés se orienta hacia la sociedad anónima, por lo que de ahora en más sólo nos referiremos a su evolución histórica.

¹⁸ “El origen de las sociedades y la noción de personalidad jurídica puede buscarse y encontrarse en el Derecho romano tardío y en el Derecho canónico”. Puga Vial, Juan Esteban. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO, Santiago, Editorial Jurídica Chile, año 2011, pág. 19.

¹⁹ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit., pág. 20.

²⁰ Esta fue en su origen una asociación de miembros de la misma familia que se esforzaban, unidos, por aumentar la riqueza familiar. Tales “compañeros” a menudo se dedicaban al comercio. Con el tiempo, se les unieron otros empresarios, formando una unidad empresarial, una “compañía”. Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit., pág. 20.

2.6.2. La evolución de la sociedad anónima.

El profesor Juan Esteban Puga Vial señala que las *companies* nacieron alejadas de toda idea de contrato, vinculándose en cambio con la noción de *corporation* - típicamente inglesa-, según la cual una o varias personas integran una estructura que debía ser autorizada por la corona, mediante el otorgamiento de *charters of incorporation*; los autores ingleses no consideraban a la *company* como nacida de un contrato, sino de un acto -el registro-, al que la ley le confiere los efectos de crear la corporación.²¹ Geográficamente hablando, la sociedad anónima tiene su origen en la Europa no latina.

Sus principales características eran, que nacía por una concesión del Soberano que regulaba su existencia y funcionamiento y la libre cesibilidad de sus acciones que representaban una cuota o porcentaje del capital. No así, la limitación de la responsabilidad de los socios ni la preponderancia de las juntas de accionistas.^{22 y 23}

Recién en 1844 en Inglaterra dejó de ser necesario un *Act of Parlamento* del rey para dar nacimiento a una sociedad anónima; y en Francia sólo con las leyes de 1865 y 1867 dejó de ser necesaria la intervención del Ejecutivo en su formación.

El *Code* no eliminó propiamente la necesidad de autorización del Estado para la creación de las sociedades anónimas, pero creó un estatuto de normas supletorias de naturaleza contractual que antes no existía.

²¹ Puga Vial, Juan Esteban. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO, Santiago, Editorial Jurídica Chile, año 2011, pág. 20.

²² En Inglaterra no fue sino hasta 1856 que se consagró a modo general la limitación de responsabilidad de los accionistas por la Joint Stock Companies Act y en Francia solo con el Code de 1807. Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit., pág. 23.

²³ Originalmente los accionistas no eran más que ahorristas privados que invertían en la sociedad, pero ella era administrada por un conjunto muy reducido de personas habitualmente nobles, a veces con involucramiento en la corona misma. Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit., pág. 23.

Por su parte, en Chile, hasta la ley del 8 de noviembre de 1854 las sociedades anónimas se constituían por ley especial del Congreso. El año 1865 se dictó el Código de Comercio que derogó la ley antes mencionada, cuya fuente fundamental fue el Código de Comercio francés.

La sociedad anónima, al ser una sociedad, estaba sujeta supletoriamente a las normas contractuales sobre sociedades de nuestro Código de Comercio. El nombre de las mismas estaba determinado por su objeto, y hasta antes de la ley 3.918 sobre sociedades de responsabilidad limitada, existieron sociedades anónimas en cuyo nombre figuraba la expresión “limitada”, pues la ley no regulaba el nombre.

En cuanto a su constitución, nacían previo otorgamiento de escritura pública de constitución autorizada por el Presidente de la República mediante decreto. Dicha escritura con su correspondiente decreto y los estatutos debían ser inscritos en el Registro de Comercio, publicarse en carteles, en el Diario Oficial y en el Boletín de Leyes.²⁴ El Presidente de la República debía constatar que el objeto de la sociedad no fuera contrario al orden público, las buenas costumbres y la ley, además de asegurarse que el capital fuera efectivamente enterado y que bastara para la ejecución del objeto. El capital era fijo y no admitía disminuciones. Eran administradas por mandatarios esencialmente revocables designados por la junta de accionistas, quienes en un comienzo no tenían tiempo límite para el ejercicio de sus funciones. También existían juntas ordinarias y extraordinarias de accionistas, pero se diferenciaban solamente por la fecha en la que se celebraban y no por las materias a tratar.

En mayo de 1931 se dicta el Decreto con Fuerza de Ley N°251 que crea la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, que tenía como principal función el control legal y contable de las sociedades

²⁴ Puga Vial, Juan Esteban. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO, Santiago, Editorial Jurídica Chile, año 2011, pág. 27.

anónimas y de las compañías de seguros. *“Reguló además la constitución de sociedades anónimas en Chile por extranjeros y con más detalles también el procedimiento para el establecimiento en Chile de sociedades anónimas extranjeras”*.²⁵

Las formalidades de constitución actuales, a saber, inscripción de un extracto en el Registro de Comercio y publicación en el Diario Oficial fueron introducidas por la Ley 6.156 de 1938.

Por su parte, la Ley 17.308 de 1970 modificó el Código de Comercio en lo relativo a las sociedades anónimas, *“introduce la noción de nombre para referirse a la denominación de una sociedad anónima. Exige además que el objeto de la sociedad sea específico y expresado en términos precisos, claros y completos; que las acciones tengan valor nominal; que en los estatutos se fije la época de celebración de las juntas ordinarias”*²⁶, etc. Pero la modificación más sustantiva de esta ley, como señala Juan Esteban Puga Vial, es que la autorización de existencia, de modificación de estatutos, disminución de capital, de creación de acciones privilegiadas y de las acciones sin derecho a voto, de disolución anticipada y la revocación de la autorización de existencia de una sociedad anónima deja de ser un atributo del Presidente y pasa a serlo de la Superintendencia.²⁷

El año 1981 se dicta nuestra actual Ley de Sociedades Anónimas, N° 18.046, *“El propósito fundamental de la ley no fue jurídico, sino económico: perfeccionar el mercado de capitales y constituir las sociedades anónimas en mecanismos de inversión, siendo este factor meta-legal determinante en el discurso que recorre toda esta normativa, que, no olvidemos, se desarrolló en forma paralela a la Ley de Mercado de*

²⁵ Puga Vial, Juan Esteban. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO, Santiago, Editorial Jurídica Chile, año 2011, pág. 34.

²⁶ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit., pág. 35.

²⁷ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit., pág. 36.

Valores”²⁸. Con posterioridad se ha reformado el Reglamento de Sociedades Anónimas, pero no la ley en sí misma.

Los emisores de valores de oferta pública son principalmente las sociedades anónimas abiertas que emiten acciones y títulos de deuda. El mercado de valores canaliza los recursos de los privados hacia la inversión en empresas mediante su capitalización, dicho de otra forma, pone en contacto a oferentes y demandantes de títulos de valores, lo que ocasiona o facilita el desarrollo de la economía; por lo que la regulación del Mercado de Valores tiene gravitante importancia para las sociedades anónimas y el desarrollo de sus objetos.

3. El análisis económico del derecho

3.1. Breve evolución:

El Análisis Económico del Derecho es una perspectiva relativamente reciente en la historia de occidente, y que ha suscitado abundante reflexión y debate. Una primera aproximación entenderá que el Análisis Económico del Derecho es la aplicación sistemática del análisis económico a áreas del derecho que pueden o no, tener contenido económico.

Como se ha anticipado, la aparición del Análisis Económico del Derecho es un fenómeno relativamente reciente. Podemos decir que el “nuevo derecho y economía” (law and economics) se inició en la década de los sesenta con el primer artículo de Guido Calabresi sobre los cuasidelitos y con el artículo de Ronald Coase sobre el costo social.²⁹

²⁸ Puga Vial, Juan Esteban. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO, Santiago, Editorial Jurídica Chile, año 2011, pág. 38.

²⁹ Posner, Richard A. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, México, Fondo de Cultura Económica, año 2000, pág. 27.

En sus orígenes, este análisis se limitó al de las instituciones jurídicas de evidente contenido económico y por sobre todo a las leyes antimonopolio. Con el transcurso del tiempo esto fue evolucionando y hoy en día los límites de este análisis son mucho más amplios, aplicándose su metodología al Derecho mismo, en temas como la propiedad, la teoría de los contratos, el divorcio, la discriminación, etc.³⁰

El punto de inflexión que determinó el cambio antes mencionado fue la introducción del “Teorema de Coase”³¹, que en pocas palabras, plantea que “si las transacciones carecen de costo, la asignación inicial de un derecho de propiedad no afectará al uso final de la propiedad”. Entonces, cuando surgen externalidades es porque el derecho de propiedad no está bien determinado.

En 1972 se funda el “Journal of Legal Studies” y se publica la primera edición del libro de Richard A. Posner llamado “El Análisis Económico del Derecho”, lo que nos plantea el comienzo de la consolidación de esta disciplina.

La economía ha cambiado la naturaleza de los estudios legales, el entendimiento común de las reglas y las instituciones legales, e incluso la práctica del derecho.³² Muestra de esto es que ya hoy en día las Escuelas de Derecho han ido incorporando esta perspectiva a sus regímenes curriculares. En Estados Unidos es prácticamente un curso de enseñanza obligatoria, mientras que en el sistema chileno algunas escuelas ya lo han incorporado como electivo.

³⁰ Al sistema legal en su conjunto: a campos del derecho común, como los cuasidelitos, los contratos, la restitución y la propiedad; a la teoría y a la práctica del castigo; al proceso civil, penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la aplicación de la ley y la administración judicial; e incluso al derecho constitucional, el derecho primitivo, el derecho del almirantazgo, el derecho familiar y la jurisprudencia. Posner, Richard A. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, México, Fondo de Cultura Económica, año 2000, pág. 27.

³¹ Posner sostiene que el Teorema de Coase estableció un marco para el análisis de la asignación de los derechos de propiedad y la responsabilidad en términos económicos, abriendo así un vasto campo de la doctrina legal al análisis económico fructífero. Posner, Richard A. Ob. Cit., pág. 28.

³² Cooter, Robert y Ulen, Thomas. DERECHO Y ECONOMÍA, México, Fondo de Cultura Económica, año 1.998, pág. 12.

3.2. Conceptos e Ideas fundamentales.

Hay algunos conceptos e ideas básicas del Análisis Económico del Derecho que no pueden estar ausentes del diseño de cualquier aproximación que diga sustentarse en esta mitología. Esos conceptos pueden ser, en su gran mayoría, comunes con la Ciencia Económica, pero el Derecho ha tenido la misión de incorporarlos y contextualizarlos. Entre ellos, destacan:

- i) La conducta racional, es decir, los hombres somos maximizadores racionales de nuestro interés propio (nuestros fines en la vida), y por lo tanto, respondemos a ciertos incentivos que determinan nuestras conductas en pro de nuestro propio bienestar. El Análisis Económico del Derecho asume que el hombre tiene preferencias individuales ordenadas de una determinada manera, y que realiza la acción más idónea para satisfacer dichas preferencias dentro de un entorno lleno de incentivos.

Lo anterior es un supuesto metodológico, y no quiere decir que efectivamente así sea o deba ser.

- ii) La eficiencia como criterio de bienestar social. El concepto de eficiencia que ha tenido mayor consenso dentro del Análisis Económico del Derecho es el “paretiano”, y más bien, el criterio de optimalidad de Pareto, que plantea que un estado de cosas es óptimo si no hay ningún otro estado que se pueda alcanzar sin empeorar la situación de otro. Este criterio no toma en cuenta el tema de la distribución y por lo tanto, es criticado de poco realista tomando en cuenta las formas de gobierno actuales; ya que la mayoría de las políticas de gobierno actuales producen ganadores y perdedores. Nace la idea, entonces, de que bienestar social es la posibilidad de que los ganadores puedan compensar a los perdedores.

Dentro de este escenario, y como crítica al utilitarismo³³, surge Posner que plantea la eficiencia como maximización de la riqueza; el valor de algo se mide por lo que las personas están dispuestas a pagar (en dólares o su equivalente) por ese algo (o por cuánto dinero estarían dispuestas a dejar de tenerlo). Por lo tanto la única decisión eficiente es la que se ve respaldada por dinero.

El principio de maximización de la riqueza, para este autor, implica una distribución inicial de los derechos individuales entre sus propietarios naturales, mercados libres para permitir que esos derechos sean reasignados periódicamente a otros usos, disposiciones legales que simulen las operaciones de mercado, un sistema de recursos legales para disuadir y rectificar el atropello de los derechos, y un sistema de moralidad personal para reducir los costos de transacción en el mercado.³⁴

- iii) Teorema de Coase. En términos simples lo que plantea es: “Si las transacciones no cuestan nada, la asignación inicial de un derecho de propiedad no afectará el uso final de esa propiedad.”³⁵ Para explicarlo mejor, utilizaremos un ejemplo; la empresa A con su proceso de producción, genera

³³ Particularmente afirma que el utilitarismo es objetable por tres razones. Primero, por el problema de la medición, esto es, el problema de medir la satisfacción subjetiva en términos subjetivos, a lo que concluye que el análisis paretiano no resuelve el problema de los utilitaristas para medir la felicidad, dado que la prueba de Pareto es inimaginable porque los efectos totales de una transacción sobre la felicidad humana son apenas discernibles. En segundo lugar, afirma que el utilitarismo tiene el problema de la monstruosidad moral, cual es, el problema de la dificultad que se presenta al ponderar las satisfacciones de un criminal y las de una persona no productiva. El “monstruo utilitario”, como lo llama Posner tomando el término de la obra de Robert Nozick, presentaría dos clases de problemas morales: la dificultad utilitaria para efectuar distinciones morales entre clases de placer y el hecho que los utilitaristas están dispuestos a sacrificar al individuo inocente en el altar de la necesidad social. Por último, el utilitarismo presentaría según Posner el problema de los límites, toda vez que no es posible determinar de quién son las utilidades que cuentan, si cuenta la felicidad de los animales, de los extranjeros o de las futuras generaciones. Mery Nieto, Rafael. REVISTA DE DERECHO Y HUMANIDADES N°10, Santiago, Universidad de Chile, año 2004, pág. 125.

³⁴ Mery Nieto, Rafael. Ob. Cit., pág. 126.

³⁵ Posner, Richard A. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, México, Fondo de Cultura Económica, año 2000, pág. 15.

vertidos que contaminan un canal de regadío que abastece al predio B³⁶; es aquí donde entra en juego la atribución de los derechos de propiedad, pues dependiendo a quien pertenece el derecho de propiedad de aguas, será la solución al problema. Si los derechos de propiedad pertenecen a A, por lo que el daño ocasionado a B es el máximo posible, pues B produce a su máxima capacidad; según este teorema, A y B llegarían solos a la solución eficiente tan solo con que B ofrezca dinero a A para que éste último disminuya su nivel de producción (disminuyendo así también el daño a B), esto siempre y cuando esa cantidad de dinero sea inferior al daño provocado. Por su parte, A solo aceptará si la suma de dinero es mayor a la pérdida que le provocará disminuir su producción. Así los particulares llegarían, a través de un acuerdo privado, a una solución eficiente. Es decir, independientemente de la distribución inicial de los derechos de propiedad, los individuos alcanzarán una solución eficiente mediante la negociación. Lo anterior tiene como requisito fundamental la inexistencia de costos de transacción, es decir, la negociación no debe provocar costo alguno para los intervinientes. Aplicando todo lo dicho anteriormente al Derecho, entendiendo como tal al Ordenamiento Jurídico, uno de los aportes más relevantes del Análisis Económico del Derecho es el reconocimiento de que las transacciones que se llevan a efecto en el mercado y entre los propios individuos para el logro de los fines sociales solo pueden ocurrir cuando los costos de dichas transacciones son muy bajos, tan bajos que permitan un excedente

³⁶ Lo que los economistas llaman externalidad negativa.

cooperativo sobre el cual sea posible negociar³⁷. En este sentido, es posible sostener que los individuos (racionales) son capaces de llegar a resultados beneficiosos para la sociedad a través de transacciones voluntarias sin la intervención del Derecho, el que solo podría aportar facilitando los acuerdos o transacciones voluntarias e incluso puede llegar a entorpecer dichos acuerdos.

Pero como nuestra realidad no cumple con todos los requisitos necesarios para que opere el Teorema de Coase, pues en las transacciones voluntarias siempre hay costos y, por lo tanto, externalidades, podemos sostener que el Derecho si cumple una función importante en el logro del bienestar social.

4. ¿Existe alguna posibilidad de vincular conceptualmente el Análisis Económico del Derecho con el Derecho Societario?

4.1. Generalidades.

Esta pregunta constituye una de las partes centrales de este trabajo de investigación que se intentará responder.

Por de pronto, en Chile, en comparación con otras instituciones o temas del derecho, el derecho societario ha sido el que menos avances, en cuanto al Análisis Económico del Derecho, ha tenido.³⁸

Sin embargo, tal como señala Francisco Reyes Villamizar, hoy “*los legisladores societarios y aun los jueces que conocen de conflictos originados en el régimen de sociedades, toman en cuenta en su quehacer creador del Derecho la relevancia*

³⁷ Mery Nieto, Rafael. REVISTA DE DERECHO Y HUMANIDADES N°10, Santiago, Universidad de Chile, año 2004, pág. 127.

³⁸ Puga Vial, Juan Esteban. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO, Santiago, Editorial Jurídica Chile, año 2011, pág. 41.

*económica que cada precepto legal o sentencia judicial puede tener en el desarrollo de la actividad empresarial”.*³⁹

Este autor, entonces, abre la posibilidad de una gran necesidad de llevar el Análisis Económico del Derecho al contrato desociedad, y más específicamente, a la sociedad anónima.

Esta necesidad surge del hecho de que esta forma organizacional se ha expandido y logrado un avance increíble en las últimas décadas, y en que precisamente en los países donde más se ha desarrollado coinciden con los que han logrado exitosamente disminuir la pobreza y mejorar ostensiblemente los índices de distribución de la riqueza entre sus habitantes. En estos países, las sociedades anónimas son las mejores multiplicadoras de la riqueza; además de ser organizaciones “sin dueño” pues la participación accionaria es muy diluida, lo que lleva a que las normas regulatorias se enfoquen en alinear los intereses de los administradores no dueños con los de los dueños no administradores.⁴⁰

Según Juan Esteban Puga Vial, el Premio Nobel de Economía del año 1991 y profesor de la Universidad de Chicago Ronald Coase en su texto “The Nature of de Firm”, explica el surgimiento de las corporaciones (sociedades anónimas) como organizaciones económicas que se crean para optimizar los costos de transacción que no se identifican solo con los precios, sino con otros riesgos e imperfecciones del mercado, esto es, se prefiere una estructura jerarquizada y subordinada para muchas operaciones que de otro modo tendría que regularse por el mecanismo de precios.⁴¹ Podemos decir entonces, que las corporaciones nacieron como un mecanismo de abaratar costos, es

³⁹ Reyes Villamizar, Francisco. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SOCIETARIO, pág. 185. (en Cooter, Robert y Acciarri, Hugo (Directores) INTRODUCCION AL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO, Santiago, Thomson Reuters, 2012, págs. 185-215)

⁴⁰ Puga Vial, Juan Esteban. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO, Santiago, Editorial Jurídica Chile, año 2011, pág. 41.

⁴¹ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit., pág. 41.

decir, como una forma de internalizar una serie de transacciones y organizarlas por autoridad (empresario) dejando fuera solamente aquellas transacciones en que es más conveniente la operación del sistema de precios.⁴²

Además, no podemos dejar de mencionar a la globalización. Fenómeno que se ha caracterizado por el desarrollo de las relaciones económicas internacionales, surgiendo tratados de libre comercio y doble tributación entre países que a comienzos del siglo pasado eran impensados. Por lo tanto se hace extremadamente necesario que las legislaciones de los países tengan criterios unificados.⁴³ Esto provoca que se importen instituciones ya probadas en otros países, lo que no siempre resulta tan bien como se desea, entre otros muchos factores, por las diferentes idiosincrasias de los sujetos normados. *“Este ha sido el camino seguido por la Unión Europea en donde la expedición de directivas comunitarias ha permitido la armonización de varias parcelas del derecho, incluidos múltiples aspectos del derecho societario”*.⁴⁴ Un proceso apropiado de adaptación a las realidades sociales y económicas del país receptor es fundamental para el éxito de los trasplantes legales, por lo que resulta mucho más sencillo si tanto el país receptor como el de origen pertenecen a la misma tradición jurídica; de ahí que en Latinoamérica resulte mucho más conveniente importar instituciones jurídicas francesas o europeas que estadounidenses.

Por lo tanto, se hace necesaria la constatación del impacto que provocan las nuevas instituciones jurídicas en el ámbito económico; y es aquí donde el Análisis Económico del Derecho juega un rol preponderante.

⁴² Puga Vial, Juan Esteban. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO, Santiago, Editorial Jurídica Chile, año 2011, pág. 42.

⁴³ “Se sabe que la denominada globalización les ofrece a los países en vías de desarrollo oportunidades importantes, incluidos los beneficios relacionados con el acceso a mercados de mayor dimensión. Pero debe reconocerse también que ella implica, de modo correlativo la necesidad de establecer regulaciones relativamente homogéneas”. Reyes Villamizar, Francisco. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SOCIETARIO, pág. 188. (en Cooter, Robert y Acciarri, Hugo (Directores) INTRODUCCION AL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO, Santiago, Thomson Reuters, 2012, págs. 185-215)

⁴⁴ Reyes Villamizar, Francisco. Ob. Cit., pág. 188.

4.2. Intentando responder la pregunta.

4.2.1. Perspectiva desde “La naturaleza de la firma” de Coase.

Ronald Coase en su obra “The Nature of the Firm”, define el concepto de firma o sociedad desde su función económica en la organización de recursos productivos, señalando que *“permite atenuar aquellos costos en que un empresario individual tendría que incurrir para adquirir insumos productivos, si tuviera que regirse por los precios y condiciones de mercado”*.⁴⁵

Según Bainbridge, el modelo usado para explicar el fenómeno societario desde una perspectiva económica se integra a partir de tres componentes esenciales que no son otros que la teoría del nexo contractual societario, el análisis de la reducción de costos de contratación y, los denominados costos de agencia.⁴⁶

La teoría del nexo contractual señala que la sociedad sería el punto focal en el que convergen una serie de relaciones y vínculos obligacionales, cuya consecuencia es que todos aquellos que tienen interés en la sociedad obtienen beneficios o asumen obligaciones. Y para estos efectos, tienen interés los socios, los administradores, los trabajadores, los bancos, los proveedores, los consumidores, el Estado, la comunidad, etc.

Ahora bien, resulta evidente que una negociación entre todas las partes y personas interesadas que condujera a condiciones óptimas en términos contractuales sería excesivamente costosa y demorada, por lo que el ejercicio que el legislador societario cumple consiste, precisamente, en ponerse en el lugar de tales sujetos, con el propósito de concebir las garantías y protecciones mínimas que, razonablemente les

⁴⁵ Reyes Villamizar, Francisco. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SOCIETARIO, pág. 196. (en Cooter, Robert y Acciarri, Hugo (Directores) INTRODUCCION AL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO, Santiago, Thomson Reuters, 2012, págs. 185-215)

⁴⁶ Reyes Villamizar, Francisco. Ob. Cit., pág. 198.

corresponderían a cada uno de ellos en caso de conflicto.⁴⁷ A nuestro juicio, el legislador chileno logra en parte este objetivo, y cuenta de ello da nuestra legislación en materia societaria, pues ésta otorga un marco jurídico dentro del cual el empresario puede desenvolverse con gran libertad, y que a su vez protege los intereses de la mayoría de quienes se relacionarán con él a lo largo del desarrollo de su actividad. Decimos de la mayoría de quienes se relacionarán con el empresario, porque consideramos que en materia de contaminación ambiental y protección de derechos del consumidor, solo por dar ejemplos, salvo determinadas excepciones aun está al debe.

Esta teoría ha recibido algunas críticas debido a que es muy difícil que el legislador pueda prever todos los conflictos o situaciones que pueden surgir de las relaciones antes descritas. Por ello surge la “teoría contractual incompleta” que postula que entre los diversos actores de la sociedad surgen vínculos jurídicos incompletos, que en algún momento requerirán de una definición, en la medida que se resuelvan en concreto dichas relaciones.

Los costos de transacción, son aquellos en que se debe incurrir en los procesos de negociación con, por ejemplo, proveedores para que dicha negociación resulte exitosa. La sociedad tiene la capacidad y facilidad de celebrar contratos marco que facilitan la relación entre ambas partes, cosa que se dificulta demasiado si el empresario es persona natural (debería negociar la prestación de servicios o compra de insumos cada vez que los necesitase). La empresa vendría a reemplazar el mecanismo de precios.

Coase también hace alusión a los costos de la identificación misma de los precios de mercado y a los relativos a la intervención del Estado respecto de operaciones propias del mercado (ej.: IVA, cuotas de producción, etc.).

⁴⁷ Reyes Villamizar, Francisco. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SOCIETARIO, pág.200. (en Cooter, Robert y Acciarri, Hugo (Directores) INTRODUCCION AL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO, Santiago, Thomson Reuters, 2012, págs. 185-215)

4.2.2. El problema de agencia.

4.2.2.1. Conceptos.

Se puede decir que el mayor problema al que se enfrenta la empresa o sociedad es la incertidumbre de no saber cómo se desempeñarán en el futuro los distintos entes con los que ella interactúa. Dicha incertidumbre, además de generar los costos antes mencionados, provoca lo que se denomina los *problemas de agencia*, que corresponden a las dificultades que surgen cuando el bienestar de una de las partes, denominada el principal, depende de las acciones adelantadas por un tercero, denominado el agente. El problema radica en motivar al agente para que actúe en beneficio del principal, en lugar de que aquel obre en su propio interés.⁴⁸ Las causas más comunes del problema de agencia son básicamente dos: a) las diferencias de intereses entre el agente y el principal, ya que cada uno, como ser racional, busca satisfacer sus propios intereses, maximizar su propia utilidad, por lo que lo natural es que el agente busque satisfacer su propio interés incluso en desmedro del interés del principal⁴⁹; y b) los distintos grados de información que poseen uno y otro en relación al funcionamiento de la empresa, también conocido como asimetría de la información, pues el agente al tener mayor experiencia en la ejecución del encargo cuenta con una ventaja especial respecto del principal, lo que podría llevarlo a omitir información que a la larga implique al principal tomar malas decisiones para su negocio eligiendo bienes o servicios subóptimos.

Dicho en otras palabras; como seres humanos, siempre propendemos a satisfacer nuestras necesidades o intereses antes que los de los demás; y por otro lado, al estar

⁴⁸ Reyes Villamizar, Francisco. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SOCIETARIO, pág.207. (en Cooter, Robert y Acciarri, Hugo (Directores) INTRODUCCION AL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO, Santiago, Thomson Reuters, 2012, págs. 185-215)

⁴⁹ El quid de este asunto reside en la circunstancia de que, por lo general, el agente está mejor informado que el principal respecto de los principales hechos relevantes del negocio. El principal no puede, sin incurrir en costos, garantizar que el cumplimiento del agente se ajuste con exactitud a lo estipulado. Reyes Villamizar, Francisco. Ob. Cit., pág. 210.

ejecutando el encargo del principal, el agente siempre dispone de más y mejor información, que puede omitir al principal, en su interés, llevando a este último a tomar malas decisiones al momento de hacer nuevos negocios.

Por lo anterior, Francisco Reyes Villamizar señala que *“la legislación sobre la materia no tiene otro objetivo que el de neutralizar tales problemas y procurar reducir los costos que de ellos surgen”*.⁵⁰

4.2.2.2. **Los problemas del problema.**

Las principales manifestaciones del problema de agencia se dan entre los socios y los administradores de la sociedad, entre los accionistas mayoritarios y los minoritarios de la misma y entre la sociedad y los terceros interesados. Los primeros dos casos son fácilmente apreciables en las sociedades anónimas abiertas, en donde el capital se encuentra repartido entre muchos socios y la administración de la sociedad depende de un gerente general; pues al ser prácticamente imposible satisfacer los intereses de cada uno de esos muchos socios, el agente elige cuales, a su criterio y pensando también en sus propios intereses, satisfacer a cabalidad y cuáles no. La segunda manifestación radica en que los accionistas minoritarios tienen intereses, muchas veces distintos e incluso contrapuestos a los intereses de los accionistas mayoritarios; aquí actúan como principales los accionistas minoritarios, quienes encargan a los agentes (accionistas mayoritarios) la toma de decisiones que favorezcan a la sociedad, y éstos últimos al tener mayor capacidad económica olvidan los intereses de los minoritarios propendiendo a satisfacer solo los propios, a través de la dirección de la sociedad. La tercera manifestación podríamos decir que se aprecia en *“aquellos efectos que surgen de una operación o negocio celebrado entre dos individuos, respecto de un*

⁵⁰ Reyes Villamizar, Francisco. Ob. Cit., pág. 211.

tercero que no ha dado su consentimiento ni tenido parte alguna en aquel negocio”⁵¹, son las llamadas externalidades, que pueden ser positivas o negativas. En este caso se asume que los terceros son los principales, quienes encargarían a la sociedad (agente) que desarrolle su actividad sin perjudicarlos; el problema surge cuando eso no sucede, y el ejemplo típico es la contaminación ambiental que causa la sociedad para conseguir su objetivo.

La consecuencia de todo lo expuesto anteriormente se traduce en que el principal deberá incurrir en ciertos costos para asegurar el buen resultado de la gestión encomendada al agente, que generalmente corresponden a la menor ganancia que percibe el principal por la ejecución no óptima del encargo y la supervisión que debe ejercer sobre el agente. Para la doctrina los principales costos en los que incurriría el principal son los de vigilancia, los que se orientan a reducir la discrecionalidad de los agentes y la pérdida residual, que se derivan de la información asimétrica y la propensión al oportunismo que ya mencionamos, por lo que dichos costos estarían orientados a evitar que el margen de actuación de los agentes sea demasiado amplio o irrestricto y se traducirían en la contratación de personal y la elaboración de contratos en donde se delimiten muy bien las funciones del agente.

4.2.3. Algunas perspectivas actuales del Análisis Económico del Derecho sobre el derecho societario.

Uno de los grandes temas a los que está apuntando el Análisis Económico del Derecho, respecto de las sociedades anónimas es la limitación de responsabilidad. Como sabemos, hoy en día los socios limitan su responsabilidad hasta el monto de sus

⁵¹Reyes Villamizar, Francisco. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SOCIETARIO, pág.212. (en Cooter, Robert y Acciarri, Hugo (Directores) INTRODUCCION AL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO, Santiago, Thomson Reuters, 2012, págs. 185-215)

respectivos aportes, pero ciertos sectores de la doctrina consideran que esto está bien solo en cuanto a la responsabilidad contractual.

Respecto de la responsabilidad extracontractual de la sociedad plantean que se hace necesario ampliar ésta a los socios en casos determinados, como por ejemplo, respecto de la contaminación que puede provocar una industria y que afecta a la sociedad toda. Es decir, existe consenso entre los autores respecto de la necesidad de defender el principio de limitación de responsabilidad en los casos de responsabilidad contractual, la doctrina contemporánea se encuentra dividida en cuanto a la conveniencia de extenderla en relación con perjuicios resultantes de acciones de responsabilidad extracontractual.⁵²

Los argumentos que se esgrimen para dicha extensión son principalmente la indefensión en la que se encuentran los terceros cuando la sociedad que ha causado esas acciones cae en la insolvencia, pues los afectados que no contrataron con la sociedad, no pudieron manifestar su aceptación ni prevenir los daños a los que posteriormente se ven afectados. Aquí la limitación de responsabilidad afecta fuertemente a estos terceros, pues su única opción de ser indemnizados por los perjuicios sufridos depende de la suficiencia de los activos de la sociedad. Y como su posición crediticia, de acuerdo a las normas de nuestro Código Civil, es muy precaria, las posibilidades reales de ser efectivamente indemnizados son prácticamente nulas.

Es importante aclarar que esta extensión de la responsabilidad de los accionistas no aplicaría, bajo ningún punto de vista, a quienes voluntariamente hayan contratado con la sociedad en cuestión, pues ellos si han tenido la oportunidad de sopesar los riesgos y beneficios de dicha contratación.

⁵² Reyes Villamizar, Francisco. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SOCIETARIO, pág.216. (en Cooter, Robert y Acciarri, Hugo (Directores) INTRODUCCION AL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO, Santiago, Thomson Reuters, 2012, págs. 185-215)

Ahora bien, tal como señala Francisco Reyes Villamizar, el riesgo fundamental de un sistema legislativo de extensión de responsabilidad en las sociedades de capital estaría relacionado con el desestimulo de la inversión en el mercado de valores. Por ello, han señalado las principales ventajas que el esquema de limitación de responsabilidad de los socios le ofrece al sistema económico.⁵³

De lo anteriormente expuesto, parece ser que si bien el panorama no es muy alentador para quienes quieren ampliar el régimen de responsabilidad de los accionistas en las sociedades anónimas, debido a que estas siguen siendo consideradas el vehículo fundamental del sistema capitalista (en el cual el mayor incentivo para los inversionistas es la restricción del riesgo que asumen); ya existen en diversas legislaciones casos específicos en los que se regula de manera excepcional este tema ampliando la responsabilidad de los accionistas, como por ejemplo el ya mencionado caso de la contaminación ambiental, por lo que la discusión está más que planteada.

Otro tema en el que se centra hoy en día el Análisis Económico del Derecho societario, es dilucidar el rol que juega la estructura de capital en el gobierno de las sociedades.

4.2.4. Esbozando algunos problemas prácticos que plantean ciertos esquemas societarios.

Esta parte del trabajo tiene por objeto aplicar la estructura conceptual analizada, para responder si efectivamente las categorías precedentes permiten conectar adecuadamente el AED con el Derecho societario, en especial problemas prácticos. Para ello señalaremos dos ejemplos que nos permitirán comprender de manera práctica como

⁵³ Reyes Villamizar, Francisco. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SOCIETARIO, pág.220. (en Cooter, Robert y Acciarri, Hugo (Directores) INTRODUCCION AL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO, Santiago, Thomson Reuters, 2012, págs. 185-215)

el empresario se vale hoy en día de las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico para desarrollar su negocio o actividad.

Es necesario tener en cuenta algunos conceptos básicos definidos en nuestra legislación, de los que se valen los empresarios al momento de estructurar sus negocios además de los ya definidos a lo largo del presente trabajo.

La Ley 18.815 sobre Fondos de Inversión, señala en su artículo número 40 que “Se entenderá para los efectos de esta ley, que son fondos de inversión privado aquellos que se forman por aportes de personas o entidades, administrados por las sociedades a que se refieren los artículos 3° o 42 de esta ley, por cuenta y riesgo de sus aportantes y que no hacen oferta pública de sus valores. Estos fondos se registrarán exclusivamente por las cláusulas de sus reglamentos internos y por las normas de este Título”. Las sociedades administradoras de estos Fondos de Inversión Privados o FIP, son sociedades anónimas especiales que tienen por objeto exclusivo dicha administración.

El artículo 424 del Código de Comercio señala que “la sociedad por acciones es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado de acuerdo a los preceptos siguientes, cuya participación en el capital es representada por acciones”. Estas sociedades se perfeccionan por escritura pública o por instrumento privado firmado por sus otorgantes y autorizado ante Notario Público, y al igual que las sociedades anónimas, en dicha escritura o instrumento privado se deben contener sus estatutos y un extracto de ellos deberá ser inscrito en el Registro de Comercio y publicado en el Diario Oficial dentro de los 30 días siguientes a su constitución.

En ese contexto general, hay que señalar que gran parte del capital en Chile está en manos de personas naturales; quienes utilizan los modelos societarios existentes en nuestra legislación para distribuirlo dentro de sus círculos cercanos (generalmente hijos

y cónyuge) y reestructurar así la carga tributaria. Para esto último, se diseñan planificaciones tributarias que tienen como objetivo final disminuir el impuesto a la renta, el global complementario y eventualmente el impuesto a la herencia. Ello, entonces, revela que una de las conexiones interesantes que permite vincular el AED con el Derecho societario es la estructura tributaria de algunos modelos societarios.

Así, dependiendo del rubro o negocio familiar, serán las sociedades que nazcan (cantidad y tipo). Cuando las familias son pequeñas, el negocio es productivo, o el capital es pequeño, se prefieren las sociedades de responsabilidad limitada. En cambio, cuando los rubros son diversos y/o los capitales considerables, se prefieren las sociedades anónimas.

Sin embargo, lo que tienen en común ambas situaciones es que, siempre que sea posible, se crea una sociedad de inversiones y otra sociedad de asesorías que se acogerá al régimen tributario del artículo 14bis de la Ley de la Renta, y será esta última quien facture a las matrices por asesorías legales, tributarias, comerciales, de apoyo al giro, etc. importantes sumas de dinero, justificando gastos que disminuyen el capital propio tributario de las matrices y dejando el capital dentro del círculo mencionado en el párrafo anterior, en la sociedad 14 bis con el beneficio tributario que esto conlleva.

Hay que recordar que el artículo 14 bis de la ley de la renta chilena es un mecanismo que permite acceder a un beneficio tributario que pueden utilizar los contribuyentes obligados a declarar renta efectiva según contabilidad completa, por las rentas del artículo 20 de la Ley de la Renta, y cuyos ingresos anuales por ventas, servicios u otras actividades de su giro, no hayan excedido un promedio anual de 3.000 Unidades Tributarias Mensuales en los tres últimos ejercicios, o en el caso de los que inician actividades, los que determinen un capital propio inicial igual o inferior al equivalente de 200 Unidades Tributarias Mensuales del mes en que ingresen.

Dicho régimen especial de tributación con impuesto a la renta da la opción de pagar los impuestos anuales de primera categoría y global complementario o adicional, sobre todos los retiros en dinero o en especies que efectúen los propietarios, socios o comuneros, y todas las cantidades que distribuyan a cualquier título las sociedades anónimas o en comandita por acciones, sin distinguir o considerar su origen o fuente, o si se trata o no de sumas no gravadas o exentas.

Ahora bien, en cuanto el capital y la estructura societaria son mayores aún, la tendencia que se ha visto comúnmente, consiste dividir a las sociedades matrices dejándolas con un porcentaje pequeño del capital que poseen, traspasando la mayor cantidad a la sociedad que nace producto de la división.

Paralelamente, o incluso con anterioridad a la división, el mecanismo es el siguiente: se crea una sociedad administradora y el consiguiente Fondo de Inversión Privado que será administrado por la primera. Como ya señalamos, estos fondos de inversión consisten en: aquellos que se forman por aportes de personas o entidades, administrados por las sociedades a que se refieren los artículos 3° o 42 de la ley 18.815, por cuenta y riesgo de sus aportantes y que no hacen oferta pública de sus valores. Estos fondos se registrarán exclusivamente por las cláusulas de sus reglamentos internos y por las normas del Título séptimo de dicha ley.

Enseguida, el paso que sigue es provocar la fusión impropia o absorción por parte del Fondo de Inversión Privado de la sociedad que nació de la división. Con esto lo que se consigue es disminuir el capital propio tributario de la sociedad matriz, dejándolo en el FIP que no paga ninguna clase de impuestos mientras el dinero no salga de él (ni siquiera patente comercial).

Por todo lo anterior, las empresas de asesorías tributarias crean cada cierto tiempo sociedades anónimas cerradas con capitales bajos (100.000.- ó 1.000.000. de

pesos) para tenerlas a disposición de sus clientes dependiendo de las necesidades que éstos vayan presentando. Se trata de sociedades de asesorías (14bis) y de inversiones. Para comprender mas adecuadamente esta operación es necesario un ejemplo: se traspasa hoy una sociedad, que tiene inicio de actividades en el Servicio de Impuestos Internos en Abril del año 2.012, con fecha Mayo de 2.012 (los traspasos de acciones elegidos para llevar a cabo esta operación son instrumentos privados firmados ante dos testigos hábiles, por lo que se les puede poner la fecha que se estime más conveniente) y así se reestructura en uno o dos meses todo el impuesto a la renta de una sociedad, conjunto de sociedades o holding.

Todo lo anterior, quizá se creía que se llevaría a cabo, en parte, a través de las sociedades por acciones, pero en la práctica éstas no se han utilizado con mucha frecuencia, pues al momento de tributar no tienen mayores diferencias con las sociedades anónimas y no cumplen, por tanto, con el verdadero objetivo final de todo empresario chileno de estos tiempos, a saber, pagar la menor cantidad de impuesto a la renta posible.

Las sociedades por acciones, como ya señalamos, son personas jurídicas creadas por una o mas personas mediante un acto de constitución perfeccionado de acuerdo a los artículos 425 y siguientes del Código de Comercio, cuya participación en el capital es representada por acciones. Estas sociedades funcionan mejor para profesionales que trabajan en forma dependiente y que paralelamente prestan servicios a otros. Entonces en vez de trabajar con boletas de honorarios, crean una SpA y a través de ella desempeñan sus trabajos extras.

6. Conclusiones.

El objetivo que nos planteamos al desarrollar el presente trabajo fue el de responder a la interrogante de si existe la posibilidad de vincular conceptualmente al AED con el derecho de sociedades.

Luego de desarrollar los distintos tópicos, a nuestro juicio fundamentales, atinentes a ambas disciplinas, para contextualizar la investigación; hemos concluido que no solo es posible dicha vinculación conceptual, sino que es la única forma de desarrollar y seguir perfeccionando los sistemas jurídicos societarios a nivel mundial.

Esto porque, tal como se demuestra en el desarrollo de este trabajo, la sociedad está estrechamente vinculada con la empresa (de hecho es la forma en que el empresario estructura y desarrolla su negocio), y por lo tanto, con el derecho mercantil o de los empresarios. En este contexto, la ciencia económica a nuestro juicio es la única capaz de analizar y dar solución a los desafíos prácticos que el avance del comercio mundial experimenta día a día. Y como el AED busca determinar cuál es la finalidad y efectos de la ley aplicando la metodología de la ciencia económica a las instituciones jurídicas, a nuestro juicio, no existe mejor herramienta que éste para que el legislador regule la actividad económica, y por tanto los regímenes societarios, en la actualidad.

Podemos decir que los objetivos del AED son buscar instituciones jurídicas eficientes, adoptar soluciones frente a las externalidades, reducir los costos de transacción, buscar la eficiencia económica, entre otros. Algunos de estos objetivos, a nuestro juicio, también son los que buscan alcanzar los empresarios con sus sociedades en el desarrollo o explotación de sus negocios, sobre todo aquellos referidos a la reducción de costos de transacción. Lo que también podría considerarse como una conexión entre ambas disciplinas.

Esta conexión entre el derecho societario y el AED, a nuestro juicio, se aprecia perfectamente en el comportamiento tributario de las sociedades chilenas, las que se organizan tomando en cuenta en primera instancia las ganancias que el negocio que explotarán les reportará, para luego, una vez que están consolidados en el mercado, centrar su atención en los costos que para ellas implica la carga tributaria a la que están afectas. Es aquí donde el empresario comienza a analizar la variedad de figuras societarias que nuestro ordenamiento jurídico ofrece, y a utilizarlas en su favor con miras a reducir, lo que más pueda, dicha carga tributaria; y en este ejercicio el AED es la herramienta que mejor predice el comportamiento que tendrán las sociedades frente a la carga tributaria que deberán afrontar.

Para explicar mejor nuestra visión daremos el siguiente ejemplo: nuestro ordenamiento jurídico incentiva la creación de nuevas sociedades relacionadas con una sociedad matriz, para reestructurar las cargas tributarias contemplando tipos societarios íntimamente relacionados con beneficios tributarios que permiten amasar fortuna a quienes son dueños del capital. A nuestro entender, esto es eficiente tanto para el empresario como para el Estado, pues el primero maximiza sus beneficios al poder tener grandes sumas de capital sin tributar (cumpliendo con los requisitos que la ley establece) con la opción de diluir dicho capital entre sus cercanos (núcleo familiar) cuando así lo quiera; y el segundo, aunque deja de percibir impuestos, experimenta un crecimiento económico significativo al ser atractivo para los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, al proveerlos de figuras jurídicas y modelos societarios atractivos a sus intereses económicos.

Por todo lo planteado anteriormente es que sostenemos que la vinculación existente entre el derecho societario es tremenda, y creemos cada vez será mayor.

7. Bibliografía.

Cooter, Robert y Acciarri, Hugo (Coordinadores): INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, Thomson Reuters, Santiago, 2012.

Cooter, Robert y Ulen, Thomas. DERECHO Y ECONOMÍA, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

Mery Nieto, Rafael. REVISTA DE DERECHO Y HUMANIDADES N°4, Universidad de Chile, Santiago, año 2004.

Posner, Richard. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, Fondo de Cultura Económica, México, año 2000.

Puga Vial, Juan Esteban. LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y OTRAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN EL DERECHO CHILENO Y COMPARADO, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2011.

Sandoval López, Ricardo. DERECHO COMERCIAL, TOMO I VOLUMEN 1, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición.

Sandoval López, Ricardo. DERECHO COMERCIAL, TOMO I VOLUMEN 2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2007.

Torres Zagal, Oscar. Derecho de Sociedades, Legal Publishing, año 2008.

Recursos electrónicos:

<http://aler.oxfordjournals.org/>: American Law and Economics Review

<http://jcle.oxfordjournals.org/> : Journal of Competition Law and Economics

<http://jleo.oxfordjournals.org/> : Journal of Law, Economics and Organization.

<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon> : Institute for Law and Economics, University of Chicago.

http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/ : Harvard, The John M. Olin Center
for Law, economics and Business

<http://escholarship.org/uc/blewp> : Berkeley Program in law and Economics

http://www.uam.es/personal_pdi/derecho/jarsey/1asignaturas/da_economico/lecturasda_economico/sesion6_libertad_empresa.pdf

<https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/2/D123T0784/27/.../191865> Ribera Neumann,
Teodoro. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA: LA
INDIVIDUALIDAD DETERMINADA Y LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO
DEL VELO, pág. 5.

http://capitalismo.ufm.edu/index.php/%C2%BFQu%C3%A9_es_el_capitalismo%3F

<http://scielo.unam.mx/pdf/rius/v6n29/v6n29a4.pdf>