



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

Tesina en Derecho:

**“La preeminencia del Principio de la Autonomía de la Voluntad
en la Sociedad por Acciones”.**

Profeso guía: Julio Reyes Madariaga

Alumna: Karla Andrea Fischer Román.

Valparaíso, Diciembre de 2013

ÍNDICE

I.- Aspectos previos.....	5
1.1 Abstract.....	5
1.3 Palabras claves.....	5
II.- introducción.....	6
III.- <u>Capítulo I. Una aproximación a la Sociedad por Acciones</u>	9
1.- Aproximación a la idea de Sociedad.....	9
1.1 Origen y desarrollo histórico del fenómeno societario.....	9
1.2 Desarrollo en Chile.....	10
1.3 Naturaleza Jurídica de la Sociedad.....	11
1.3.1 Teoría Contractual Clásica.....	12
1.3.2 Teoría del Acto constitutivo de Von Gierke.....	12
1.3.3 Teoría de la Institución.....	13
1.3.4 Teoría del contrato de colaboración.....	13
1.4 Elementos de la sociedad.....	14
2.- Origen de la Sociedad por Acciones.....	21
3.- Naturaleza Jurídica de la Sociedad por Acciones.....	23
4.- Elementos de la Sociedad por Acciones.....	24
4.1 Se constituye por un acto jurídico unilateral, bilateral o plurilateral.....	24
4.2 Personalidad jurídica.....	25
4.3 Carácter Mercantil.....	25
4.4 Es Sociedad de capitales.....	26
4.5 Primacía del principio de la Autonomía de la Voluntad	26
4.6 L administración.....	27

<u>IV.- Capítulo II. De la supremacía del principio de la Autonomía de la Voluntad.....</u>	28
1.- Qué entendemos por Autonomía de la Voluntad	28
2.- Cómo se manifiesta el principio de la Autonomía de la Voluntad en la Sociedad por Acciones.....	29
3.- Qué elementos están regulados expresamente en el párrafo 8º, del Título VII del Libro II del Código de Comercio.....	29
4.- Elementos esenciales de las sociedades como límite de la Autonomía de la Voluntad.....	35
4.1.- Reparto de utilidades y la participación en los beneficios.....	36
4.2.- Derecho a dividendo fijo y preferente y la participación en los riesgos.....	36
5.- Manifestaciones de la plena Autonomía de la Voluntad.....	38
5.1.- En materia de administración.....	38
5.2.- Prescendencia de los títulos de acciones.....	39
5.3.- En materia de acciones privilegiadas.....	39
5.4.- En materia de creación y emisión de acciones por parte de la administración.....	40
5.5.- En materia de derechos de acciones no pagadas.....	41
5.6.- Límites mínimos y máximos de acciones que puede tener una persona.....	41
5.7.- En materia de flexibilidad en el régimen de adquisición de acciones por la propia sociedad emisora.....	41
5.8.- En materia de disminución de capital.....	42
5.9.- En materia de avisos y publicaciones que sirvan de comunicación entre la sociedad y los accionistas.....	42
5.10.- En materia de funcionamiento de las juntas de accionistas.....	42

5.11.- En materia de control de la administración.....	43
5.12.- En materia de obligaciones adicionales para los accionistas.....	43
5.13.- Posibilidad de establecer quórumos distintos para aquellas materias establecidas en el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas.....	43
5.14.- En materia de solución de conflictos entre los accionistas, entre los accionistas y la sociedad, entre los accionistas y administradores y liquidadores de la SpA y entre éstos y sus administradores y liquidadores.....	44
V.- Conclusión.....	45
VI.- Bibliografía.....	48

I.- Aspectos previos.

1.1 Abstract:

La Sociedad por Acciones es una figura societaria introducida recientemente en la legislación chilena y se caracteriza por presenta rasgos innovadores para el derecho societario chileno. Uno de los elementos que resulta más innovador es la amplia Autonomía de la Voluntad que consagra. Ante tal amplitud resulta necesario plantearnos el efectivo alcance de este principio y sus límites, que, a nuestro juicio, son dos; a saber, los límites que establece la ley 20.190 que regula la Sociedad por Acciones y los elementos esenciales de toda Sociedad.

La falta de investigación y la escasa aplicación de esta nueva Sociedad nos invita a plantearnos un estudio serio que aporte nuevos elementos y que dé más claridad a la hora de su constitución, sobre todo teniendo en vista que se trata de una Sociedad con una importante proyección a propósito del fomento que significa para la industria del capital de riesgo y, por tanto, para la economía de nuestro país.

1.2 Palabras y conceptos claves de la investigación.

Sociedad - Sociedad por Acciones- Elementos Esenciales- Autonomía de la Voluntad – Límites de la Autonomía de la Voluntad – Límites Legales – Elementos Esenciales de toda sociedad como límite de la Autonomía de la voluntad – Plena Aplicación de la Autonomía de la Voluntad.

Introducción

La Sociedad por Acciones se introduce en nuestra legislación comercial en el año 2007, erigiéndose como una nueva forma social con características que la hacen única en nuestra legislación. La ley 20.190 es el cuerpo normativo que contiene a la citada sociedad que busca adecuar la realidad normativa a las necesidades de la economía actual, siendo la Sociedad por Acciones, hasta ahora, una forma societaria óptima para cumplir con una importante labor en el sistema económico, tal es, fomentar la inversión en la industria de capital de riesgo.

Con el objetivo de fomentar la efectiva utilización de esta forma societaria es que consideramos importante realizar una investigación seria, que desde el campo teórico sea capaz de aportar elementos relevantes que permitan a los distintos operadores jurídicos y a las personas que buscan vestir un negocio novedoso pero con recursos limitados utilizar esta forma societaria de la mejor manera, aprovechando al máximo los elementos que ésta posee.

Una de las características más relevantes que posee la Sociedad por Acciones y que la hace novedosa, distinguiéndola del resto de las figuras societarias presentes en nuestra legislación, es la plena aplicación que tiene el principio de la Autonomía de la Voluntad. La voluntad creadora de las parte toma un protagonismo sin precedentes en Chile, cuestión que celebramos, pues constituye la dirección correcta respecto del camino que deben tomar los negocios innovadores que requieren ciertas particularidades para cumplir sus objetivos específicos. Sin embargo, así como celebramos la libertad creativa del o los socios constituyentes creemos que dicha libertad debe reconocer ciertos límites. Un derecho rígido, codificado y restrictivo como el chileno debe abrir campo a la Autonomía de la Voluntad pero sin perder de vista las limitaciones que puede encontrar en los operadores jurídicos, pues eventualmente pueden realizar una mala aplicación del principio por falta de experiencia. Consideramos arriesgado dejar un amplio espacio a la Autonomía de la Voluntad sin práctica previa, sin tradición jurídica que avale la aplicación de la plena Autonomía de la Voluntad, pues puede desembocar en abusos y excesos que puedan

desnaturalizar algunas instituciones presentes en el derecho chileno, como es el caso de la Sociedad que nos proponemos analizar.

El objetivo general que nos planteamos y que justifica esta investigación es contribuir al análisis de este nuevo tipo societario. La escasa bibliografía en esta materia y la falta de investigación hacen interesante y, por sobre todo, necesaria una correcta conceptualización de la Sociedad por Acciones y un acabado desarrollo crítico de los elementos que puedan resultar relevantes e innovadores en el derecho Chileno. De esta manera, el primero y gran objetivo es aportar, con la humildad del pre grado, a la bibliografía existente en Chile sobre esta nueva e interesante figura societaria.

Junto con lo anterior nos proponemos ahondar, de manera específica, en uno de los rasgos caracterizadores de la Sociedad por Acciones; a saber, la amplísima aplicación que tiene el principio de la Autonomía de la Voluntad. Los objetivos específicos de este análisis apuntan a determinar los eventuales límites y el efectivo alcance que puede encontrar la aplicación del principio en cuestión, pues como señalamos anteriormente, una aplicación sin límites puede significar un abuso del derecho que creemos que se debe evitar.

Con el fin de lograr un entendimiento completo de esta nueva sociedad es que la estructura de este trabajo comienza con una caracterización completa pero sucinta del fenómeno societario en general, comenzando por su nacimiento, desarrollo histórico y desarrollo específico en Chile. Posteriormente abordaremos la histórica discusión doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del fenómeno societario, para concluir con los elementos de la Sociedad. Una vez conceptualizado el fenómeno societario en general daremos paso a la conceptualización y desarrollo de los elementos más importantes de la Sociedad por Acciones, elementos que la hacen única e innovadora en nuestra legislación. Posteriormente, y luego de tener claridad respecto de la Sociedad sujeta a análisis comenzaremos el desarrollo del tema específico que nos invita a investigar; a saber, la aplicación del principio de la Autonomía de la Voluntad en este tipo social. Propondremos un concepto de Autonomía de la voluntad, cuestión fundamental para entender el efectivo alcance que tendrá en esta sociedad. Para luego dar paso a una sistematización de todas aquellas materias que se encuentran expresamente reguladas en la ley y que por tanto no dan cabida a la plena aplicación de la Autonomía de la Voluntad. Este apartado constituye

el primer límite que proponemos a la aplicación del principio en cuestión. En seguida, abordaremos un segundo límite, la existencia de los elementos esenciales de toda Sociedad que funcionan como límite a la voluntad creadora, para finalizar con una sistematización lo más acabada posible de aquellas materias que no están reguladas en la ley, que no reconocen límite en los elementos esenciales de toda sociedad y que por tanto son manifestación de la plena Autonomía de la Voluntad.

Consideramos que una investigación que tenga como principal objetivo ahondar en esta nueva figura societaria y que busque problematizar el alcance que pueda tener uno de sus rasgos caracterizadores, como es la Autonomía de la Voluntad, se erige como un importante aporte para el Derecho Comercial. Sostenemos que es fundamental lograr una efectiva aplicación de la Sociedad por Acciones, lo que será posible en la medida que logremos caracterizar de la mejor manera a esta sociedad, entregando, desde el campo de la investigación, los elementos necesarios a los operadores jurídicos y a los eventuales emprendedores que deseen utilizar esta figura para vestir jurídicamente un negocio innovador.

Capítulo I. Una aproximación a la Sociedad por Acciones

Con el fin claro y preciso de abordar el análisis de algunas cuestiones importantes en torno a la Sociedad por Acciones, es que nos proponemos en esta primera parte del trabajo conceptualizar y caracterizar de una manera completa al fenómeno societario en general, pues entendemos que la Sociedad por Acciones es una figura societaria nueva en nuestra legislación y que forma parte de un todo que debe ser entendido de la mejor manera para luego ahondar en la figura sujeta a análisis, teniendo todos los elementos bases a la vista para lograr un resultado coherente y acabado.

1.- Aproximación a la noción de Sociedad.

Tal como nos los propusimos en el párrafo anterior, en esta primera etapa comenzaremos señalando el origen de la sociedad y su posterior desarrollo.

1.1 Origen y desarrollo histórico del fenómeno societario.

El derecho de sociedades o derecho societario tiene su origen más remoto en el derecho romano, iniciando una fuerte evolución a partir de la Edad Media, pasando por el proceso de codificación del siglo XIX, hasta nuestros días. (Torres Zagal, 2008: p. 5)

Así, una primera regulación que se conoce en la historia occidental la encontramos en el Derecho Romano (*societas*) en que la sociedad se entiende como una asociación de dos o más ciudadanos, quienes estipulaban poner algo en común para realizar un determinado giro u objeto de negocio con la intención de repartirse los beneficios que dicho giro u objeto produce. Es evidente que dicha concepción mantiene una similitud con la definición que nos da nuestro Código Civil en el artículo 2053. Si bien, no reconoce personalidad jurídica, a diferencia del citado artículo, ya se pueden identificar los elementos de la esencia de la sociedad que hasta hoy se mantiene; a saber, dos o más personas, estipulación de aportes y regla de participación en los beneficios sociales. (Torres Zagal et al., 2008: p. 12 y 13)

Producto del notable aumento del comercio y de la empresa del descubrimiento de nuevas tierras, a fines de la Edad Media el fenómeno societario comenzó a cobrar mayor importancia, principalmente la sociedad de personas y con menor fuerza la sociedad de

capital. A esta última la veremos más potentemente ya avanzada la época de los grandes descubrimientos asociada a la figura del aporte de capital y la formación de ciertos títulos o acciones, con una clara participación de inversionistas.

Durante el siglo XIX, se produce la materialización sistematizada y orgánica de una larga tradición mercantil, generándose una regulación de las sociedades con una visión uniforme y total. Este proceso se ve interrumpido en el siglo XX por la dictación de leyes especiales para regular determinados tipos societarios.

1.2 Desarrollo en Chile.

La regulación legal del derecho societario en Chile presenta la particularidad de ser múltiple y heterogénea, pues se trata de leyes dictadas en distintos tiempos y con distintos fines y fuentes (Torres Zagal et al., 2008: pag 31).

Encontramos normas regulatoria en el Código Civil, en el Código de Comercio y sus leyes especiales y en el Código de Minería. No encontramos por tanto una regulación uniforme, salvo en el caso de la Ley de responsabilidad limitada (ley N°3.918, de 1923)-tanto civil como comercial- y la de la sociedades anónimas (ley N° 18.046, de 1981).

En el Código Civil se encuentra regulada la sociedad en el artículo 2053 hasta el artículo 2115. En el Código de Comercio, entre los artículos 348 y 506 se regulan las sociedades mercantiles, la sociedad colectiva comercial, la sociedad en comandita simple y por acciones, la sociedad por acciones y la sociedad anónima; ésta última fue derogada y pasó a ser regulada por la ley N° 18.046, de 1981. Así mismo, encontramos una extensa regulación en el Código de Minería del año 1983; pero, no abordaremos ningún tipo de análisis de dicho cuerpo normativo en tanto que no constituye un elemento relevante en nuestro análisis, salvo para dejar constancia que en nuestra legislación contamos con una regulación múltiple del derecho societario.

En el siglo XIX, cuando se dicta el Código de Comercio, no se conocía aún la Sociedad de Responsabilidad Limitada, es sólo a finales del siglo XIX cuando se regula por primera vez este tipo societario en Alemania. Nuestro país la incorpora en el año 1923 a través de la ley N° 3.918, ley que tuvo en consideración la regulación alemana y francesa sobre la

materia. (Torres Zagal et al., 2008: p. 33) Esta incorporación legislativa al derecho societario, se erige como un notable aporte puesto que regula de manera única la Sociedad de Responsabilidad Limitada, tanto civil como mercantil.

Posteriormente, en el año 1981, se incorpora en nuestra legislación la Ley de Sociedad Anónima que se introduce a través de la ley N° 18.046.

Luego, en el año 2003, se autoriza el establecimiento de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) a través de la dictación de la ley N° 19.857. No se trata de una sociedad, sino que de una persona jurídica con patrimonio propio distinta del titular, sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto.

Posteriormente, en el año 2007, se introduce a través de la ley 20.190 la Sociedad por Acciones, la que se desarrollará en este trabajo. Señalaremos, por ahora, que se erige como una importante novedad en nuestra legislación, al permitir la constitución de sociedades unipersonales.

Finalmente, es importante señalar que existen varias leyes especiales que regulan determinados tipos societarios por actividades o giros especiales de negocios, tales como: la Ley General de Bancos e Instituciones Financieras (D.F.L. N° 3 de 1997), las Compañías de Seguros (D.F.L. N° 251, de 1931), Administradoras de Fondos de Pensiones (D.F.L. N° 3.500, de 1980), entre otras.

En síntesis, podemos sostener que nuestra regulación societaria es heterogénea; en el sentido que no encontramos una ley uniforme y única para la regulación de la sociedad, sino que distintos cuerpos normativos. Además, viendo el desarrollo histórico, es dable apreciar que, así como avanza o muta el comercio en Chile, también lo hacen las sociedades con el objetivo claro de ser un motor o una vía efectiva para el desarrollo comercial y económico del país.

1.3 Naturaleza Jurídica de la Sociedad.

Resulta fundamental abordar este debate para dejar claro que se han elaborado diversas doctrinas que buscan de una manera u otra explicar la naturaleza jurídica de la Sociedad. Este debate ha sido interesante en el estudio acabado del Derecho Comercial y para los

intereses de nuestra investigación resulta aún más relevante, pues la sociedad objeto de análisis ha venido a poner en el centro del debate la naturaleza jurídica de las sociedades; toda vez, que la Sociedad por Acciones rompe con la teoría clásica contractualista, pues nuestra figura societaria puede ser constituida por una persona, abandonando el requisito esencial de la concurrencia de dos o más personas para la constitución de una sociedad.

A continuación, desarrollaremos sucintamente las principales teorías que se han desarrollado en torno a la naturaleza jurídica.

1.3.1.- Teoría contractual clásica:

Esta teoría se mantuvo sin mayores complicaciones ni oposiciones hasta finales del siglo XIX, siendo recogida en las principales codificaciones civiles y mercantiles de comienzos de dicho siglo. Por cierto que este fenómeno no fue ajeno para Chile. Así, esta teoría fue tomada por el código civil Chileno de 1857 y por el Código de Comercio chileno de 1867.

Según la teoría contractualista la sociedad tiene su origen en un acuerdo entre los socios, acuerdo que adopta la forma de un contrato. Es así como el Código Civil en el artículo 2053 asume la teoría clásica, señalando que la *“La sociedad o compañía es un **contrato** por el cual dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre si los beneficios que de ello provengan”*

La principal crítica que se le plantea a esta doctrina clásica, es que se logran explicar los efectos que produce el contrato entre las partes; pero, no logra hacerse cargo de los efectos que genera respecto de terceros, cuestión fundamental en esta materia, no podemos olvidar que la sociedad una vez constituida forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

1.3.2.- Teoría del acto constitutivo de Von Gierke:

Ante la crítica planteada a la doctrina antes desarrollada, se presenta una variante que está consciente que la doctrina clásica no logra explicar los efectos de la sociedad respecto de terceros, acotándose sólo a las partes. Existen tipos societarios como las Sociedades Anónimas que no logran ser cobijadas por la teoría clásica, pues sabemos cuáles son los efectos respecto de los socios que constituyen

la Sociedad Anónima. ¿Pero qué ocurre con aquellos que con posterioridad adquieren acciones sin haber participado del acto constitutivo? Es así como surge esta variante, según la cual la sociedad se constituye por un acto unilateral de los fundadores, mediante el cual se establece el estatuto que regirá a la sociedad en los tiempos venideros, lo que implica además la adquisición de la personalidad jurídica. Hablamos de un acto unilateral, porque la voluntad de varios sujetos se dirige hacia un mismo fin de manera que actúan como si fuesen un solo individuo.

1.3.3.- Teoría de la institución:

Esta concepción deja de tener su foco de análisis en la forma de constitución de la sociedad. Ahora el foco será la existencia misma de la sociedad.

Esta doctrina fue ideada por Maurice Hauriou y Georges Rénard en Francia. Para ellos, la sociedad es una institución, un ente intermedio entre el individuo y el Estado. Se trata de un sujeto de derecho con un interés propio y distinto al de los socios concebidos individualmente. Dicho interés propio queda establecido en los estatutos que a su vez son el instrumento idóneo para lograr la consecución de dichos fines.

Esta concepción tendría asidero en la legislación chilena en materia de Sociedad Anónima. Así, el artículo 1° de la ley 18.046 define la Sociedad Anónima como *una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común*, y no la define como un contrato. Se trataría de un sujeto de derecho con un fin social establecido en el estatuto.

1.3.4.- Teoría del contrato de colaboración:

Esta doctrina plantea una variante a la teoría clásica contractualista. Esta doctrina admite que el acto fundacional de una sociedad es un contrato, pero se trataría de un contrato que reviste ciertos caracteres particulares; a saber, se trataría de un contrato plurilateral y de organización. Plurilateral, porque en éste intervienen dos o más partes que se asocian bajo un interés común; y de organización, puesto que en éste se coordinan los elementos que integran la personalidad jurídica de la sociedad.

Finalmente, constatemos que no solo se trata de un contrato plurilateral, sino que también se trata de un contrato abierto, pues en éste pueden intervenir posteriormente individuos que no concurrieron a la constitución de la sociedad pero que se suman con el deseo de contribuir con el mismo fin, tal como ocurre en las Sociedades Anónimas y en las Sociedades por Acciones.

A la luz de la breve explicación dada a cada una de las doctrinas que se han elaborado en torno a la naturaleza jurídica de las sociedades, señalaremos que se trata de un tema ampliamente debatido y que no logra encontrar una respuesta única ante un tema que reviste gran importancia, pues se puede recurrir a la naturaleza de la sociedad para solucionar, por ejemplo, problemas concretos que se presenten ante un Tribunal.

Si bien es cierto, la doctrina clásica perdura en el tiempo con ciertas críticas y variantes, no nos permite a nosotros fundamentar la naturaleza jurídica de la Sociedad por Acciones toda vez que ésta se aparta de la idea de contrato ya que puede ser constituida por una sola persona, abandonándose así la idea clásica de que la sociedad es un acuerdo contraído por dos o más personas. Junto a ello, la doctrina contractualista no permite explicar tampoco la existencia de socios que no hayan participado del acto constitutivo de la sociedad, pero que se unan a ella con posterioridad a través de la adquisición de acciones. Por ahora diremos que este asunto resulta relevante para los objetivos de nuestra investigación y para configurar los caracteres básicos de la sociedad objeto de nuestro estudio por lo que retomaremos de manera más detallada en las próximas páginas.

1.4 Elementos de la Sociedad.

Para cumplir con nuestro objetivo inicial y así poder terminar con la configuración de la sociedad que nos propusimos, es que resulta fundamental analizar brevemente los elementos esenciales de todo tipo societario. Previo a ello resulta lógico referirnos a la definición de sociedad contenido en el Código Civil, pues en dicha definición se contienen los elementos esenciales de toda sociedad.

La sociedad se encuentra regulada en el código civil en el artículo 2053, dicha norma señala *“La sociedad o 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”

De la norma recién señalada se desprenden, como dijimos antes, los elementos esenciales que debe contener todo contrato de sociedad.

Hacemos la salvedad que sobre este asunto volveremos en las próximas páginas, pues respecto de nuestra sociedad en particular hay ciertos elementos que veremos que no concurren en su constitución a diferencia de los otros tipos societarios presentes en nuestra legislación.

Como señalamos anteriormente, nuestra legislación se inspira o reconoce su génesis en materia de naturaleza jurídica de las sociedades en la teoría clásica contractualista, por lo tanto, el contrato de sociedad debe contener los elementos esenciales de todo contrato, pero no debemos olvidar que no se trata de cualquier contrato, éste genera una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados por lo que no basta con los elementos esenciales de todo contrato, sino que también debemos analizar aquéllos que son esenciales y propios al contrato de sociedad en tanto sociedad. Para hacer más claro este punto, proponemos analizar los elementos de la sociedad en cuanto contrato y luego los elementos esenciales del contrato en cuanto sociedad.

Partiremos enunciando las características del contrato de sociedad en tanto contrato, solo las enunciaremos pues no constituyen un elemento relevante para nuestra investigación, se trata de un insumo necesario para lograr una caracterización correcta y completa de la sociedad, tal como nos lo propusimos en el comienzo de este capítulo. De esta manera, diremos que la sociedad en tanto contrato tal como lo recoge nuestro código civil y comercial desde la doctrina contractualista es un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, principal y generalmente solemne; decimos generalmente solemne porque existen en nuestra legislación algunas figuras societarias que son consensuales.

Junto a las características propias del contrato de sociedad en cuanto contrato debemos también referirnos a los elementos esenciales que deben concurrir en el contrato de sociedad en tanto contrato y aquéllos que deben existir en el contrato de sociedad en cuanto sociedad.

Los elementos esenciales en cuanto contrato son aquellos que señala el artículo 1444 del Código Civil y se erigen como necesarios para que la sociedad sea válida. Estos elementos deben estar presentes sin adolecer ningún vicio que pueda acarrear la nulidad del contrato de sociedad. En consecuencia, para que el contrato de sociedad sea válido debe reunir las siguientes condiciones de validez, las que trataremos de la forma que señala el profesor Ricardo Sandoval López: (Sandoval, 2005: p.18)

- Consentimiento de la parte que se obliga.

Para que el contrato de sociedad sea válido se requiere que los socios hayan dado su consentimiento y, además, que ese consentimiento esté exento de vicios. Con más precisión, que esté exento de los tres vicios clásicos que pueden afectarlo; a saber: error, fuerza y dolo.

- Capacidad.

Para celebrar un contrato de sociedad es necesario ser capaz y en nuestro derecho, según reza el artículo 1446 del Código Civil, la regla general es que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces.

- El objeto.

En virtud del artículo 1460 del Código Civil, toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El objeto de un contrato será por tanto la prestación que se compromete a dar un contratante. Lo fundamental es que debe tratarse de un objeto lícito, es decir, que no sea contrario al orden público o las buenas costumbres; pues en caso contrario la sociedad sería nula.

- La causa.

Se trataría del fin perseguido por la sociedad que en la práctica se confunde con el objeto. Al igual que el objeto, la causa debe ser lícita, es decir, no debe ser contraria a la ley, el orden público o las buenas costumbres; en caso contrario la sociedad será nula. En materia societaria debemos señalar que lo que realmente resulta relevante es el fin real de la sociedad y no aquel aparente, pues podemos estar en presencia de una sociedad que aparentemente es lícita, pero que el fin real es ilícito.

Vistas, hasta ahora, las características del contrato de Sociedad en tanto contrato, vistos los elementos de la esencia del contrato de Sociedad en cuanto contrato, nos compete ahondar en los elementos esenciales del contrato de Sociedad en cuanto Sociedad, es decir, aquéllos que le son propios a toda Sociedad:

- Los aportes de los socios.

El artículo 2053 del Código Civil señala: “*La sociedad o 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*”. En consecuencia, para que haya sociedad se requiere poner algo en común, lo que quiere decir que los contratantes deben aportar alguna cosa a la sociedad -dinero, especies, trabajo o servicios-. A cambio de su aporte, el socio pasa a ser titular de una parte social, la que puede consistir en acciones en las sociedades de capital o una parte de interés en las sociedades de personas.

- Participación en los beneficios.

El artículo 2053 del Código Civil que define las sociedad prevé a este elemento como esencial; pero, además es reiterado en el artículo 2055, inciso segundo y tercero, del mismo código, el que señala: *Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios*. “*No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero*”.

Queda claro que la participación en los beneficios es un elemento de la esencia del contrato de sociedad, elemento sin el cual no se configuraría sociedad alguna y que además sirve para diferenciarlo de otras figuras como la corporación.

En palabras del profesor Sandoval, diremos que la noción de beneficio o utilidad puede darse en un sentido restringido y en un sentido amplio. En sentido restringido, se trata de un enriquecimiento efectivo o de una ganancia positiva. En sentido amplio, se trata de toda ventaja material apreciable en dinero, tanto una ganancia positiva cuanto la economía de un gasto.

En virtud de los artículos 2066 y 2068 del Código Civil y 382 del Código de Comercio, la repartición de los beneficios se hará según las reglas estipuladas en el estatuto social; a falta de estipulación, se repartirán proporcionalmente a los respectivos aportes realizados por los socios.

- Participación en los Riesgos.

La participación en los beneficios o contribución a las pérdidas es un elemento esencial del contrato de Sociedad que funciona como la contra partida de la participación en los beneficios. Así como los socios tienen derecho a percibir las utilidades que eventualmente pueda generar la Sociedad tienen, también, el deber de participar en los riesgos. Todo socio, por el simple hecho de participar de una sociedad, asume el riesgo propio que genera un negocio, pues toda actividad económica es riesgosa, lo que puede implicar utilidad o pérdida para la sociedad.

- Presencia o concurrencia de dos o más personas.

La concurrencia de dos o más personas es un elemento esencial del contrato de sociedad, estipulado en el artículo 2053 del Código Civil. Se trata de un requisito que debe concurrir tanto al momento de la constitución de la sociedad como durante su vigencia y, si falta este requisito, no estaríamos en presencia de una sociedad.

En el derecho chileno no teníamos, hasta el año 2007, una figura societaria que pusiera en duda este requisito esencial, pues siempre tuvimos figuras societarias que contemplaban la concurrencia de dos o más personas. Sin embargo, en el año 2003, se autoriza el establecimiento de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL). Podría esta nueva figura haber alterado la concepción clásica que tenemos de sociedad y, por tanto, haber implicado una reforma al Código Civil y Comercial, cambiando o

atenuando la concepción contractualista. Para evitar dicho cambio, la legislación nacional optó por denominarla “empresa” y así evitar el problema de la naturaleza jurídica y el consecuente cambio que ello hubiese implicado, ya que la EIRL puede ser constituida con la declaración unilateral de voluntad de una persona natural. Pese a la denominación, que es solo una cuestión de nomenclatura, esta figura igualmente funciona como sociedad.

Posteriormente, en el año 2007, se introduce en nuestra legislación la Sociedad por Acciones. Estamos en presencia de una sociedad que cuestiona claramente la doctrina clásica que impera en nuestra legislación y abre espacio a la constitución de una sociedad con la concurrencia de solo una voluntad. De esta manera, la figura societaria en comentario nos obliga a replantear este debate y a repensar el tema de la naturaleza jurídica de las sociedades, pues el requisito de la concurrencia de dos o más partes con esta sociedad desaparece.

Este requisito, que hasta el año 2007 era esencial, lo vamos a retomar en las próximas páginas cuando veamos en detalle los elementos caracterizadores de la Sociedad por Acciones. Por ahora, sólo diremos que desde el punto de vista de la doctrina clásica y para efectos de señalar los caracteres de la sociedad de manera genérica, la concurrencia de dos o más personas es un requisito esencial sin el cual la sociedad no sería tal.

- Personalidad jurídica.

En las páginas anteriores, cuando hicimos una breve referencia al desarrollo histórico de la sociedad, señalamos que ésta reconoce su origen en el contrato de *societas* del Derecho Romano, cuyos elementos caracterizadores son: el aporte, la participación en los beneficios y la concurrencia de dos o más personas. Sin embargo, no contemplaban el elemento de la personalidad jurídica, eran enteramente privadas. Este elemento se introduce posteriormente con la codificación.

El artículo 2053 del Código Civil señala en el inciso segundo que: “*La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados*”.

En primer lugar, diremos que al estar establecido en la ley este requisito es esencial y sin la concurrencia del mismo no estaríamos en presencia de una sociedad. En segundo

lugar, debemos tener en cuenta la importante distinción entre el contrato que da origen a la sociedad y la personalidad jurídica que genera y que es distinta de los socios individualmente considerados. En tercer lugar, y en directa relación con lo anterior, debemos tener en consideración la principal crítica a la teoría contractualista; a saber, ésta no logra explicar los efectos del contrato celebrado respecto de tercero ni tampoco logra explicar la formación de la personalidad jurídica y su permanencia en el tiempo. La teoría contractualista se limita a explicar los efectos solo respecto de las partes, olvidando el esencial elemento de la personalidad jurídica. Diremos en palabras de Oscar Torres Zagal que la sociedad forma una personificación propia por el solo ministerio de la ley, elemento que la hace diferir sustancialmente de la noción de contrato. (et al., 2008: p. 39).

Cabe señalar, que en esta materia don Andrés Bello se apartó del Código Civil Francés que sirvió de base para la redacción de nuestro Código Civil, pues el Código Civil Francés no señalaba que la sociedad formara una persona jurídica. Estamos en presencia de una innovación progresista y de corte liberal para la época que dio origen a lo que se conocer como sociedades personificadas.

Finalmente, diremos que estas personas jurídicas tienen todos los atributos de la personalidad; a saber: nacionalidad, domicilio, patrimonio propio y nombre o razón social.

- La affectio Societatis.

Algunos autores plantean que la *affectio societatis* o *ius fraternitatis* es un elemento de la esencia de la sociedad y que consiste básicamente en la voluntad de colaboración activa que anima a cada socio a fundar o constituir una sociedad.

Este elemento se ve altamente manifestado en las sociedades de persona, pues éstas se celebran en virtud de la consideración y valoración que los socios tienen entre sí, apareciendo el carácter *intuitu personae* de estas sociedades. En cambio, este elemento no sería tan claro en las sociedades de capital como la Anónima y la Sociedad por Acciones, pues en éstas importa la formación del capital y no la calidad del o los accionistas.

Diremos finalmente, que este elemento es aceptado sólo por parte de la doctrina y discutido por otra, ya que no se trata de un requisito señalado en la ley. Además, este

elemento no sería más que la voluntad que debe concurrir en la celebración del contrato y que de faltar estaríamos en ausencia de un elemento común a todo contrato.

Con este último requisito de la esencia del contrato de sociedad, damos por terminado este acápite que tiene como finalidad realizar una caracterización breve; pero, suficiente de la Sociedad con el fin de considerar estos elementos para dar paso a la caracterización de la Sociedad por Acciones.

2.- Origen de la Sociedad por Acciones.

La Sociedad por Acciones o SpA es una figura societaria introducida en nuestra legislación a través de la ley número 20.190 del año 2007.

El establecimiento de una figura societaria como ésta, responde principalmente a la necesidad de fomentar la inversión en nuevos emprendimientos empresariales, tanto individuales como colectivos, que resultan interesantes pero que no contaban con una figura societaria adecuada. Se trata de ideas innovadoras que no ostentan el capital suficiente para su desarrollo y que no pueden demostrar solvencia a la banca, la principal fuente de recursos financieros.

Ante la existencia de un amplio espacio de innovación empresarial y de una escasa regulación legal que dé cabida al desarrollo de estos negocios, se presenta por parte del Ejecutivo el proyecto de ley que dio origen a la ley 20.190. Inicialmente, el Ejecutivo presentó este proyecto que planteaba la creación de la “Sociedad de Responsabilidad Limitada por Acciones”, la que después de largas discusiones parlamentarias terminó denominándose Sociedad por Acciones.

Con el objetivo de entender el espíritu que llevó al Ejecutivo y a los legisladores a establecer y regular esta nueva figura societaria, vamos a citar algunos extractos del mensaje que contenía este proyecto de ley:

“Proveer de mecanismos flexibles de organización societaria y de fomento, de fácil acceso, de bajo costo, eficientes y que distribuyan los riesgos de manera transparente, permitirá garantizar que no sólo los grandes proyectos de inversión se concreten, sino que también las buenas ideas se transformen en proyectos reales de producción” “Actualmente

la legislación nacional cuenta con varios tipos sociales, ninguno de los cuales resulta ser completamente apropiado para el desarrollo de la industria de capital de riesgo. Por lo anterior, es necesario contar con un tipo social donde la participación de cada socio sea fácilmente transable, de manera de permitir una salida expedita y así se creen los incentivos a participar en la industria de capital de riesgo. Esta restricción deja fuera a todos los tipos sociales existentes en nuestra legislación, con excepción de las Sociedades Anónimas. No obstante lo anterior, las estructuras de las sociedades anónimas, incluso las cerradas como se verá, presentan numerosas rigideces que sólo pueden ser superadas parcialmente mediante artificiosos contratos o pactos sociales”. (Historia de la ley. “Proyecto de ley que introduce adecuaciones de índole tributaria e institucional para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa con la modernización del mercado de capitales” Para más información visitar www.bcn.cl).

La ley que crea la Sociedad por Acciones, introdujo una serie de modificaciones a distintos cuerpos normativos dentro de las cuales a nosotros nos interesa resaltar aquéllas introducidas al Código de Comercio.

En primer lugar, señalaremos que esta ley incorporó la Sociedad por Acciones al artículo 348 del Código de Comercio, el que establece que:

Artículo 348: Las disposiciones de este título regulan tres especies de sociedad:

1. *Sociedad colectiva;*
2. ***Sociedad por acciones, y***
3. *Sociedad en comandita.”*

Por otro lado, la regulación de este tipo societario se introduce en el Código de Comercio en los artículos que originalmente regularon la Sociedad Anónima, ocupando los artículos 424 a 446, en el Libro II, Título VII, en el nuevo párrafo 8°.

En cuanto a la definición de la Sociedad por Acciones, ésta se establece en el artículo 424 de Código de Comercio que señala que: *“La sociedad por Acciones, o simplemente la sociedad, para los efectos de este párrafo, 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”.

Hemos tratado de señalar cuál fue el origen y la motivación del legislador tras la dictación de la ley 20.190 y cómo ello se cristalizó en la actual regulación que recibe esta figura en el Código de Comercio. A continuación, nos introduciremos en un asunto que reviste gran importancia, nos referimos a la naturaleza jurídica de la Sociedad por Acciones

3.- Naturaleza jurídica de la Sociedad por Acciones.

Nuestra tradición doctrinaria ha explicado la naturaleza jurídica de las sociedades como un contrato, es decir, como un acuerdo de voluntades de dos o más partes. De esa manera está establecido en el artículo 2053 de nuestro Código Civil. Esta doctrina, criticada por cierto, ha explicado en mayor o menor medida la existencia de las sociedades en nuestro país, pero con la dictación de la ley 20.190 esta doctrina pierde absoluta aplicación.

La Sociedad por Acciones es una figura novedosa no solo porque es más flexible que el resto de las sociedades en Chile y por tanto se erige como una alternativa eficiente a la inversión en el capital de riesgo, sino porque es la única en poner en duda la doctrina clásica y plantear que una sociedad puede ser constituida por solo una persona.

La creación de esta innovadora sociedad nos obliga a tomar partido por otra doctrina que trate de explicar de mejor manera a las sociedades, y no solo respecto de su constitución, sino que también respecto de los efectos, es decir, los derechos y obligaciones que de la constitución de la Sociedad se derivan, cuestión que la doctrina contractualista nunca ha logrado explicar.

De esta manera, coincidimos y adherimos a la idea planteada por la doctrinas “unilateralistas” o de acto jurídico unilateral, sea éste individual o colectivo, pero siempre teniendo claro que debemos abandonar la teoría contractualista.

Ante la incorporación de este nuevo tipo social, cabe la pregunta: ¿son las sociedades un contrato? Podríamos sostener que no, o por lo menos no respecto de la

Sociedad por Acciones, por lo tanto, no sería aplicable la definición de sociedad que establece nuestro Código Civil en el artículo 2053 a las Sociedades por Acciones.

En síntesis, estamos en presencia por primera vez, en nuestra legislación de una sociedad unimembre o unipersonal, novedad societaria que nos aparta de la noción de sociedad como contrato.

4.- Elementos de la Sociedad por Acciones

Con el objetivo de caracterizar de la mejor manera posible la Sociedad por Acciones en este apartado vamos a proponer de manera breve, pero completa, los elementos que le dan forma a este tipo social.

4.1.- Se constituye por un acto jurídico unilateral, bilateral o plurilateral

Este elemento depende básicamente del número de voluntades que concurren en la constitución de la Sociedad por Acciones. Es así como ésta puede ser constituida con la concurrencia de una, dos o muchas voluntades. Este punto es una de las grandes innovaciones que presenta este tipo societario y que viene a romper con la idea clásica que se sostenía en nuestra legislación; a saber, que la sociedad es un contrato y que por tanto requiere del acuerdo de dos o más voluntades.

Como señalamos recién, la Sociedad por Acciones se puede constituir por uno, dos o más personas, sean éstas personas naturales o jurídicas -señalamos que puede ser natural o jurídica ya que el legislador no distinguió y por tanto a nosotros tampoco nos cabe distinguir- y además puede subsistir en el tiempo con un único accionista sin que ello implique la disolución de la sociedad. Lo anterior lo sostenemos a partir de lo señalado en el artículo 424 del Código de Comercio en cuanto a su constitución y lo señalado en el artículo 444 del mismo código respecto de su subsistencia en el tiempo con un solo accionista. El artículo 444 señala: *“Salvo que el estatuto disponga lo contrario, la sociedad no se disolverá por reunirse todas las acciones en un solo accionista”*.

Respecto del acto que crea la Sociedad por Acciones, sea unilateral, bilateral o plurilateral; éste debe ser solemne y no basta la mera declaración de voluntad de la o las personas que la constituyan. Este requisito se encuentra consagrado en el artículo 425 del

Código de Comercio, el que señala que: *“La sociedad se forma, existe y prueba por un acto de constitución social escrito, inscrito y publicado en los términos del artículo siguiente, que se perfeccionará mediante escritura pública o por instrumento privado suscrito por sus otorgantes, y cuyas firmas sean autorizadas por notario público”*.

4.2.- Personalidad Jurídica

El artículo 424 del Código de Comercio, al definir a la Sociedad por Acciones, deja claramente establecido que ésta forma una persona jurídica. Lo anterior significa que, con independencia de la cantidad de personas que concurren en la constitución de la sociedad o con independencia de la cantidad de accionistas que se mantengan durante su vigencia, ésta siempre será una persona jurídica distinta a él o los socios que formen parte de la sociedad.

4.3.- Carácter mercantil

La sociedad por Acciones, al igual que la Sociedad Anónima, es siempre considerada mercantil por el legislador con prescindencia de su real y efectivo objeto o giro de negocio. Es, por tanto, una excepción a la clasificación contenida en el artículo 2059 del Código Civil que señala que *“la sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles”*. El carácter mercantil se encuentra consagrado normativamente en el artículo 425, inciso 2º, número 2 del Código de Comercio que señala: *“El acto de constitución de la sociedad irá acompañado de su estatuto, el que deberá expresar, a lo menos, las siguientes materia: 2.- El objeto de la sociedad, que será siempre considerado mercantil”*. Además, el referido carácter está señalado en el Mensaje del Proyecto de Ley, que señala que la Sociedad por Acciones, en cuanto a su objeto, *“será siempre mercantil”*.

La mercantilidad tanto de la Sociedad por Acciones como de la Sociedad Anónima, es una ficción legal que tiene su fundamento en que es esencial para la formación de estos tipos societarios que su capital se divida en acciones, las que luego son entregadas a sus accionistas suscriptores a cambio de su pago, por regla general, en dinero.

4.4.- Es sociedad de capitales

Al ser la Sociedad por Acciones considerada una sociedad de capitales, deja de tener importancia la espacial significación que puedan tener el o los socios, pues lo que cobra importancia es el capital social, patrimonio de la misma sociedad y por tanto atributo de la personalidad de la sociedad en tanto persona jurídica. Dicho capital social y las acciones en que se divide, deben estar establecidos en el estatuto social por mandato legal estipulado en el artículo 425, inciso 2º, número 3 del Código de Comercio.

El rasgo distintivo de las Sociedades de Capital es que el capital social será dividido en acciones. Estas acciones, en la Sociedad por Acciones, pueden ser emitidas bajo la modalidad de acciones inmateriales si el estatuto social así lo señala. Esta modalidad la permite expresamente el artículo 434 del Código de Comercio que señala que: *“El estatuto podrá establecer que las acciones de la sociedad sean emitidas sin imprimir láminas físicas de dichos títulos”*.

Finalmente, en cuanto al tiempo para enterar los aportes diremos que éste debe quedar claramente determinado en los estatutos, pues así lo señala el artículo 434 del Código de Comercio que señala que: *“El capital social y sus posteriores aumentos deberán quedar totalmente suscritos y pagados en el plazo que indiquen los estatutos.”* Sin embargo, el mismo artículo 434 señala que: *“Si nada señalaren al respecto, el plazo será de cinco años, contados desde la fecha de constitución de la sociedad o del aumento respectivo, según corresponda”*.

4.5.- Primacía del principio de Autonomía de la Voluntad.

Vamos referirnos someramente a este punto, pues será tratado de manera más detallada en el capítulo II de este trabajo.

Por el momento solo diremos que en la Sociedad por Acciones esta amplitud de la autonomía se advierte en la propia ley en el artículo 424 del Código de Comercio cuando nos dice que: *“La sociedad tendrá un estatuto social en el cual se establecerán los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de su administración y los demás pactos que, salvo por los dispuestos en este párrafo, podrán ser establecidos libremente”*.

Haciendo un parangón con la Sociedad Anónima, en el caso de la Sociedad por Acciones, la ley permite regular estatutariamente aquello que antes era solo posible establecer a través de los pactos de accionistas en las Sociedades Anónimas.

4.6.- La administración.

La ley 20.190 contiene normas escasas en torno a la administración de la Sociedad por Acciones. El artículo 425 del Código de Comercio señala que en el estatuto social deberá constar, a lo menos, numero 4: *“La forma como se ejercerá la administración de la sociedad y se designarán sus representantes; con indicación de quienes la ejercerán provisionalmente, en su caso,”* A demás, el artículo 424 del mismo cuerpo legal, señala en el inciso segundo que: *“La sociedad tendrá un estatuto social en el cual se establecerán los derechos y obligaciones de los accionistas, **el régimen de su administración** y los demás pactos que, salvo por lo dispuesto en este Párrafo, podrán ser establecidos libremente. En silencio del estatuto social y de las disposiciones de este Párrafo, la sociedad se regirá supletoriamente y sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas”*. Estas son las normas que hacen referencia a la administración societaria. A nuestro juicio, se trata de normas escasas que dejan espacios vacíos que deben ser llenados por el o los constituyentes, sin embargo, no sabemos si éstos tendrán las herramientas para dotarse de una forma organizacional adecuada al negocio que decidió o decidieron emprender.

Ante el silencio de los estatutos, la ley 20.190 no se hace cargo de dicha omisión por lo que, por expresa disposición legal, este vacío será llenado por la normativa de las Sociedades Anónimas Cerradas. Es decir, la sociedad será administrada por un directorio de tres miembros en todos aquellos asuntos, que son la generalidad, que la ley o los estatutos no confían a la junta de accionistas. Esta solución se da por aplicación del artículo 424 parte final en relación con los artículos 31 y 40 de la LSA.

Capítulo II. De la supremacía del principio de la Autonomía de la Voluntad.

Al comenzar este capítulo, es menester traer a colación, un vez más, los dos principales rasgos diferenciadores de la Sociedad por Acciones; a saber: que se trata de una sociedad que no es un contrato, es decir, se aparta de la teoría clásica contractualista y, el principio de la Autonomía de la Voluntad que tiene un papel fundamental, adquiere una participación y preeminencia sin precedentes en el derecho societario Chileno.

1.- Qué entendemos por Autonomía de la Voluntad.

En esta materia, vamos a adoptar la noción que da Jorge López Santa María sobre el principio de la autonomía de la voluntad, quien señala que: *“La autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce”*. (López Santa María., 2010: p. 241)

En efecto, la Sociedad por Acciones tiene un cariz más desregularizado, flexible y creativo que se manifiesta en la misma ley, en el artículo 424 del Código de Comercio, cuando dice que: *“La sociedad tendrá un estatuto social en el cual se establecerán los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de su administración y los demás pactos que, salvo por los dispuestos en este párrafo, podrán ser establecidos libremente”*. En otras palabras, todo aquello que en las Sociedades Anónimas se regulaba a través de pactos de accionistas en la Sociedad por Acciones se consagra a nivel estatutario de manera libre, salvo por aquello expresamente dispuesto en el párrafo 8° del Título VII del Libro II del Código de Comercio, que funciona como una suerte de coto o límite a la libertad creativa de las partes.

Lo anterior, sin duda, significa un importante desafío, pues los estatutos sociales se tornarán más complejos, menos estandarizados, con menos cláusulas repetitivas y de uso común y, por tanto, acarreará una importante invitación a las y los abogados a ser lo suficientemente creativos para poder dar una efectiva aplicación al principio de la Autonomía de la Voluntad, utilizando todos los elementos necesarios y que no estén prohibidos para obtener una Sociedad por Acciones a la medida de quien la quiera constituir. Con este tipo social, en que la autonomía es plena, salvo ciertas excepciones, es

muy fácil caer en la tentación de ir a elementos preconcebidos o establecidos en otros tipos sociales y aplicarlos en esta figura, pues facilita el trabajo y genera confianza a la hora de utilizar elementos ya probados previamente. Es, en definitiva, una invitación y un desafío a la creatividad.

Esta creatividad y amplia libertad debe tener algunos límites. La plena aplicación de la Autonomía de la Voluntad no puede significar la vulneración de las normas expresas del párrafo 8° del Título VII del Libro II del Código de Comercio, por un lado, y de los elementos comunes de toda sociedad, por el otro. Algunos pensarán que la consagración tan explícita de la Autonomía de la Voluntad significa aplicación sin límites de todo aquéllos que las partes deseen, sin embargo, creemos que los límites recién planteados son necesarios para evitar los excesos, caer en arbitrariedades y conseguir la anhelada claridad y certeza jurídica que quienes forman cualquier negocio necesitan.

2.- Cómo se manifiesta el principio de la autonomía de la voluntad en la Sociedad por Acciones.

En la Sociedad por Acciones se manifiesta de manera casi absoluta la Autonomía de la Voluntad; tiene una aplicación amplísima, sin parangón en el derecho societario en Chile. Sin embargo, dicha libertad debe tener, desde nuestro punto de vista, dos límites. En primer lugar, las normas expresas que se establecen en el párrafo 8°, Título VII del Libro II del Código de Comercio y; en segundo lugar, los elementos comunes a toda sociedad, elementos sin los cuales no estaríamos en presencia de una sociedad propiamente tal.

3.- Qué elementos están regulados expresamente en el párrafo 8° del Título VII del Libro II del Código de Comercio.

Para determinar el efectivo alcance del principio de la Autonomía de la Voluntad es fundamental señalar los elementos, requisitos y exigencias establecidos en la ley. El objetivo, por tanto, será determinar con precisión los límites que se imponen desde el propio cuerpo normativo que regula la Sociedad por Acciones. En otras palabras, buscamos dejar establecido con claridad los elementos constitutivos del primer límite a la autonomía de la voluntad que planteamos en el apartado anterior.

Para efectos prácticos y contribuir así al mejor entendimiento de este punto, vamos a realizar una transcripción de la norma que señala el límite legal que planteamos y posteriormente vamos a dejar constancia de todas las materias expresamente reguladas de manera ordenada y sistemática, siguiendo el orden que establece el articulado.

El artículo 424 inciso segundo señala que: *“La sociedad tendrá un estatuto social en el cual se establecerán los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de su administración y los demás pactos que, salvo por lo dispuesto en este Párrafo, podrán ser establecidos libremente. En silencio del estatuto social y de las disposiciones de este Párrafo, la sociedad se regirá supletoriamente y sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas”*.

La norma citada establece dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, la amplísima aplicación del principio de la autonomía de la voluntad al señalar que se podrán establecer libremente los derechos, obligaciones, régimen de administración y todos los pactos que se deseen. En segundo lugar, así como consagra y realza el principio recién citado, inmediatamente establece un límite que se consagra con la frase: *“salvo por lo dispuesto en este párrafo”*. Es decir, la libertad llega o tiene aplicación hasta donde parte y tiene cabida la regulación legal.

Señalado lo anterior, a continuación vamos a realizar una enumeración, siguiendo el orden del código, de todas aquellas cuestiones expresamente reguladas por la ley y donde la autonomía de la voluntad no tendría aplicación o, bien, ésta sería atenuada y con límite imperativo.

Límites establecidos en la ley:

- Artículo 425: este artículo regula la formación de la SpA y señala que ésta se forma, existe y prueba por un acto de constitución social escrito, inscrito y publicado en los términos del artículo 426. La escritura puede ser pública o bien instrumento privado suscrito por sus otorgantes y cuyas firmas sean autorizadas por notario en cuyo registro será

protocolizado dicho instrumento. A demás, “el acto de constitución de la sociedad irá acompañado de su estatuto, el que deberá expresar, a lo menos, las siguientes materias:

- 1.- El nombre de la sociedad, que deberá concluir con la expresión "SpA";
- 2.- El objeto de la sociedad, que será siempre considerado mercantil;
- 3.- El capital de la sociedad y el número de acciones en que el capital es dividido y representado;
- 4.- La forma como se ejercerá la administración de la sociedad y se designarán sus representantes; con indicación de quienes la ejercerán provisionalmente, en su caso, y
- 5.- La duración de la sociedad, la cual podrá ser indefinida y, si nada se dijere, tendrá este carácter.

- Artículo 426: Este artículo dice relación con la inscripción y publicación. Así, el artículo en comento señala que: *“Dentro del plazo de un mes contado desde la fecha del acto de constitución social un extracto del mismo, autorizado por el notario respectivo, deberá inscribirse en el Registro de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad y publicarse por una sola vez en el Diario Oficial”*.

El extracto deberá expresar:

- 1.- El nombre de la sociedad;
- 2.- El nombre de los accionistas concurrentes al instrumento de constitución;
- 3.- El objeto social;
- 4.- El monto a que asciende el capital suscrito y pagado de la sociedad, y
- 5.- La fecha de otorgamiento, el nombre y domicilio del notario que autorizó la escritura o que protocolizó el instrumento privado de constitución que se extracta, así como el registro y número de rol o folio en que se ha protocolizado dicho documento.

- Artículo 427: Este artículo dice relación con la modificación del estatuto social, el que señala que en caso que él o los socios acuerden modificar el estatuto, se deberá realizar

previo acuerdo de la junta de accionistas, sin embargo, no se requerirá de la celebración de la junta de accionistas si la totalidad de éstos suscribieren una escritura pública o un instrumento privado protocolizado en que conste tal modificación. El acta de la junta de accionistas o la escritura pública o instrumento privado, según sea el caso, deben ser inscritos y publicados en el mismo plazo que se establece para la constitución de la sociedad.

- Artículo 429: Este artículo hace referencia a la responsabilidad de los accionistas y señala que: *“Los accionistas sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes en la sociedad”*. En esta materia, queda más que clara la responsabilidad de los accionistas y por tanto, no hay espacio a pactar cosa distinta en el estatuto social.

- Artículo 430: Este artículo señala la hipótesis en que, por el solo ministerio de la ley, la Sociedad por Acciones se transforma en Sociedad Anónima Abierta, no quedando espacio alguno a pactar lo contrario en el estatuto. El artículo en comento señala que la Sociedad por Acciones que por un término de *“más de 90 días seguidos tenga 500 o más accionistas o, a lo menos, el 10% de su capital suscrito pertenezca a un mínimo de 100 accionistas, excluidos los que individualmente o a través de otras personas naturales o jurídicas, excedan dicho porcentaje, por el solo ministerio de la ley se transformará en una sociedad anónima, siéndole totalmente aplicables las disposiciones pertinentes de dicha ley, las que en este caso prevalecerán sobre el estatuto social. La siguiente junta de accionistas deberá resolver las adecuaciones que reflejen la nueva modalidad social y elegir los miembros del directorio que continuará la administración”*.

- Artículo 431: Este artículo establece el requisito de llevar un registro de accionistas, el que también se establece para las Sociedades Anónimas. El registro deberá anotar, a lo menos, el nombre, domicilio y cédula de identidad o rol único tributario de cada accionista, el número de acciones de que sea titular, la fecha en que éstas se hayan inscrito a su nombre y tratándose de acciones suscritas y no pagadas, la forma y oportunidades de pago de ellas. A demás, en dicho registro, se anotará la constitución de gravámenes y de derechos reales distintos al dominio. En caso de que algún accionista transfiera el todo o parte de sus acciones, deberá anotarse esta circunstancia. Así mismo, dicho registro *“podrá llevarse por cualquier medio, siempre que éste ofrezca seguridad de que no podrá haber*

intercalaciones, supresiones u otra adulteración que pueda afectar su fidelidad”, además, “estará, en todo tiempo, disponible para su examen por cualquier accionista o administrador de la sociedad”.

En materia de responsabilidad, esta norma plantea la responsabilidad solidaria de los administradores y el Gerente General de la sociedad ante los perjuicios que causaren a los accionistas y a terceros con ocasión de la falta de fidelidad o vigencia de la información contenida en el registro.

-Artículo 432: El artículo en comento señala que: *“si el nombre de una sociedad fuere idéntico o semejante a otra ya existente, ésta tendrá derecho a demandar la modificación del nombre de aquélla mediante juicio sumario”.* Por tanto, no cabe estipular cosa distinta en el estatuto social.

- Artículo 433: En materia de domicilio, la normativa sigue la regla general y señala que: *“La sociedad deberá tener un domicilio, pero si su indicación se hubiere omitido en la escritura social, se entenderá domiciliada en el lugar de otorgamiento de ésta”.*

- Artículo 434: Este artículo presenta algunos elementos que son limitativos de la autonomía de la voluntad, pero otros que implican una evidente aplicación de la misma. En este punto sólo vamos a constatar aquellos elementos que implican una limitación y aquéllos que son manifestación de la autonomía de la voluntad serán señalados en las próximas páginas.

Así, el artículo 434 establece en el inciso primero que: *“El capital de la sociedad deberá ser fijado de manera precisa en el estatuto y estará dividido en un número determinado de acciones nominativas”.*

En cuanto al tiempo de entero de los aportes de capital, el artículo en comento señala que: *“El capital social y sus posteriores aumentos deberán quedar totalmente suscritos y pagados en el plazo que indiquen el estatuto. Si nada señalare al respecto, el plazo será de cinco años, contados desde la fecha de constitución de la sociedad o del aumento respectivo, según corresponda. Si no se pagare oportunamente al vencimiento del*

plazo correspondiente, el capital social quedará reducido al monto efectivamente suscrito y pagado”.

- El artículo 434 establece más elementos relacionados con el capital social, pero estos elementos, tal como se señaló arriba, implican una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, por lo que no los traeremos a colación en este punto.

- Artículo 446: este artículo es de gran importancia, ya que, al existir una aplicación tan amplia del principio de la autonomía de la voluntad, los estatutos terminan siendo un compendio de cláusulas innovadoras y creativas que, a ratos, pueden significar una complicación a la hora de pretender un global entendimiento de las acciones; pues, cuentan con muchos elementos no establecidos en la ley, sino que en el estatuto y que una correcta comprensión se logra sólo de una lectura pormenorizada de éstos. Es por ello que eventualmente puede resultar compleja la libre transferencia de las acciones. Sin embargo, esta debilidad queda superada debido a que el legislador estableció el artículo 446, artículo que señala que: *“En los traspasos de acciones deberá constar la declaración del cesionario en el sentido que conoce la normativa legal que regula este tipo social, el estatuto de la sociedad y las protecciones que en ellos puedan o no existir respecto del interés de los accionistas. La omisión de esta declaración no invalidará el traspaso, pero hará responsable al cedente de los perjuicios que ello irroque”*. Sin embargo, a modo de crítica, nos parece negativo que la omisión de esta declaración no acarree la nulidad de la cesión, finalmente esta cláusula se transformará, en palabras de Puga Vial, en un mero “ritualismo”.

Con este último numeral terminamos la enunciación que nos propusimos realizar para dejar lo suficientemente claro los límites que establece la ley a la hora de constituir una Sociedad por Acciones, como es dable apreciar, si bien hay una amplia libertad consagrada legalmente, ésta reconoce algunos límites y es fundamental conocerlos, entenderlos y respetarlos para dar una correcta aplicación al tipo social que analizamos.

4.- Elementos esenciales de las Sociedades como límite de la Autonomía de la Voluntad

Corresponde hacernos cargo del segundo límite que planteamos en torno a la aplicación de la plena autonomía de la voluntad. El segundo límite dice relación con los elementos esenciales de las sociedades en general, elementos sin los cuales no estaríamos en presencia de una sociedad propiamente tal.

Los aportes de los socios, la participación en los beneficios, la contribución a las pérdidas o participación en los riesgos, la presencia o concurrencia de dos o más personas, la personalidad jurídica y la *affectio societatis* son los elementos esenciales de toda sociedad, hacemos la prevención de que este último elemento es más propio de la sociedad de personas. Atendiendo las propias características de la Sociedad por Acciones y el rol que viene a cumplir en nuestra realidad jurídica, damos por sentado que tanto la presencia de dos o más personas como la *affectio societatis* son elementos que no concurren necesariamente en el tipo social analizado y, por tanto, a nuestro juicio, no implican límite. Sin embargo, el aporte de los socios, la participación en los beneficios, la participación en los riesgos y la personalidad jurídica son elementos que de no concurrir no estaríamos en presencia de una Sociedad por Acciones. De esta manera, la o las partes no podrían establecer libremente, por mucho que así lo deseen, que el o los accionistas no hiciesen ningún tipo de aporte a la sociedad y, de todas maneras, obtener acciones de ésta; como así mismo, no podrían establecer libremente que haya uno o más accionistas sin derecho a participación en los beneficios. Creemos que pactar en contra de estos elementos significa desnaturalizar la institución de la Sociedad en Chile. Hay elementos que se erigen, incluso, como derechos de los socios y accionistas que no pueden ser disponibles para las partes, ni aún cobijados por la libertad que otorga la autonomía de la voluntad.

Respecto a la Personalidad jurídica, sólo nos remitiremos a señalar que este elemento es inviolable por la libertad creadora, no solo por ser un límite en cuanto a elementos esencial, sino que también porque está expresamente establecido en la ley en el artículo 424, inciso primero del Código de Comercio.

Con el fin de aclarar este límite propuesto tomaremos dos eventuales manifestaciones de la voluntad creadora del o los constituyentes y los someteremos al filtro

de los elementos de la esencia de toda sociedad, pues así quedará de manifiesto que, ni bajo el pretexto de la absoluta libertad que consagra este tipo societario, se puede vulnerar dichos elementos.

4.1.- Reparto de utilidades y la participación en los beneficios.

Como parte de la manifestación de la autonomía de la voluntad podría pensarse en cláusulas tales que impliquen incluso que uno o varios de los accionistas no tengan derecho a obtener utilidad alguna al final del ejercicio con utilidad para la sociedad, es decir, sin estar en la hipótesis de un ejercicio con pérdida. Algunos podrán pensar que es perfectamente posible establecer una cláusula de esa naturaleza, pues no se encuentra prohibido en ninguna parte del párrafo 8º del Título VII del Libro II del Código de Comercio. Ante esta eventual posibilidad amparada en la Autonomía de la Voluntad y en la falta de prohibición legal expresa nosotros sostenemos y planteamos otro límite que pone coto a cláusulas que vulneran los derechos de los accionistas. La participación en los beneficios es un elemento de la esencia de la Sociedad y como tal debe concurrir en todas y cada una de las formas sociales que puedan existir en nuestra legislación, establecer una cláusula contraria implica desnaturalizar el instituto de la Sociedad.

La sociedad se establece con el objetivo de generar beneficios económicos que se derivan de la explotación de una actividad económica. Dicha actividad económica puede generar o no utilidades y en el evento que las genere éstas deben ser repartidas entre todos los socios, sin exclusión alguna, pueden cambiar los montos de participación, pero todos deben participar de las utilidades, se trata de un derecho no disponible para los socios, ni aun a pretexto de la plena Autonomía de la Voluntad. En caso que se pacte cosa contraria se estaría desnaturalizando la sociedad y estaría faltando un elemento de la esencia del contrato de sociedad (artículo 2053 del Código Civil), acarreando, por tanto, la inexistencia de la misma.

4.2.- Derecho a dividendo fijo y preferente y la participación en los riesgos.

Distinto al caso anterior, en que eran los socios por aplicación del principio de la Autonomía de la Voluntad los que pueden establecer una cláusula como la que se plantea, en este caso es la propia ley la que faculta a el o los socios a establecer una cláusula que

consagre el derecho a dividendo fijo y preferente. El derecho a dividendo fijo y preferente lo consagra el artículo 442 del Código de Comercio y se trata de acciones preferidas. Sostenemos que no hay problema alguno en establecer cláusulas que consagren series preferidas de acciones, pero una preferencia como la que se plantea, en que se le asegure un dividendo fijo y preferente, pactado a todo evento, con utilidad o pérdida en el ejercicio, colisiona fuertemente con un elemento de la esencia de las sociedades; a saber, la participación en los riesgos.

La participación en los riesgos es un elemento de la esencia de la Sociedad que consiste en que todo socio, por el solo hecho de ingresar a ella asume los riesgos que toda actividad económica implica, pues la ganancia es incierta. Por lo anterior, un socio no puede pretender obtener beneficios si la sociedad de la cual es parte no tiene utilidades. Por lo tanto, así como todo socio tiene derecho a participar en los beneficios tiene también el deber de participar en los riesgos.

Garantizar a un socio un dividendo fijo, pagadero a todo evento vulnera este elemento de la esencia de toda sociedad, cuestión que acarrea la inexistencia de la sociedad. A mayor abundamiento, no se le considerará socios tal como señala el artículo 2086 del Código Civil que reza lo siguiente: *“Si por el acto constitutivo de la sociedad se asegura a una persona que ofrece su industria una cantidad fija que deba pagársele íntegramente aun cuando la sociedad se halle en pérdida, se mirará esta cantidad como el precio de su industria, y el que la ejerce no será considerado como socio”*.

Sin embargo, como esta cláusula se encuentra expresamente contemplada en la ley debemos encontrar una vía efectiva de aplicación que no implique la vulneración del elemento esencial de la participación en los riesgos. Para estos efectos, nosotros planteamos que ella puede concurrir estableciéndose ciertos elementos bases o condiciones mínimas con el fin de evitar que esta cláusula se transforme en una cláusula leonina. En esta materia vamos a hacernos parte de lo que señala Rodrigo Uría, quien plantea que es posible establecer una cláusula de esta naturaleza siempre que la Sociedad se encuentre en la hipótesis de un ejercicio con utilidades, es decir, con ganancias reales y que la cláusula que consagre el monto fijo y preferente para un socio en particular no implique una absorción

de todas las ganancias en desmedro de los demás socios y su legítimo derecho a percibir beneficios. (1991: p. 182)

5.- Manifestaciones de la plena Autonomía de la Voluntad.

Como hemos venido señalando, la normativa que regula la Sociedad por Acciones consagra una libertad sin precedentes en Chile en materia societaria, pues se puede pactar todo aquello que se desee siempre que no vulnere lo expresamente exceptuado en la ley y no se contradiga con la propia naturaleza de la Sociedad por Acciones. Es decir, está permitido todo aquello que no está expresamente prohibido. Añadamos a este límite, el planteado por nosotros recientemente y que dice relación con los elementos esenciales de toda sociedad y por tanto con plena aplicación a la Sociedad por Acciones.

En este apartado, nos vamos a proponer una enumeración de las manifestaciones de la plena autonomía de la voluntad y trataremos de señalar el alcance en cada caso. Sabemos que en esta materia prima la creatividad del o los constituyente y de las y los abogados que se propongan vestir jurídicamente una Sociedad por Acciones, por tanto, considerando las limitaciones propias del pregrado, no vamos a pretender, en ningún caso, agotar las manifestaciones de la autonomía de la voluntad, pues éstas pueden ser infinitas y con un sinfín de combinaciones. Sólo abordaremos aquellas más notorias y, que por cierto, llamaron nuestra atención.

Para este apartado nos valdremos de las manifestaciones de creatividad de la autonomía de la voluntad que señala Juan Esteban Puga Vial, ahondando, en la medida de lo posible, en cada una de ellas: (Puga Vial, 2011: p. 722)

5.1.- En materia de administración:

La legislación da un amplio grado de libertad al o los socios y les permite pactar cualquier forma de administración social. Ésta puede ser con uno o varios administradores, individuales o colectivos, con o sin directorio, con gerentes que puede ser un tercero o un propio accionista, entre otros. El único requisito es que la forma de administración que se den los socios debe constar en el estatuto social y por cierto en la escritura de constitución.

5.2.- Prescendencia de los títulos de acciones:

La ley contempla la posibilidad de pactar en el estatuto social la prescindencia de las “láminas físicas” para los títulos. El artículo 434 en el inciso primero parte final del Código de Comercio plantea esta posibilidad. Cabe señalar que en rigor a lo que se refiere cuando señala que no figuren en láminas físicas es a los títulos de acciones.

Esta libertad significa un avance significativo en materia de desmaterialización de las acciones.

5.3.- En materia de acciones privilegiadas:

En esta materia la sociedad por acciones plantea una gran libertad en comparación a las Sociedades Anónimas. Así, esto se puede manifestar en:

- Pueden haber varias series de acciones ordinarias.
- Pueden haber varias series de acciones preferidas.
- No existe límite temporal para las acciones preferidas.
- Se permite la creación de acciones con votos múltiples.
- Se permite la creación de acciones sin derecho a voto.
- Se permite la creación de acciones con derecho a voto limitado.
- Se permite la creación de acciones con dividendo de monto fijo.
- Se admite una preferencia inédita en nuestra legislación. Se trata de acciones asociadas a inversiones específicas y no sobre los resultados generales de la sociedad y, es más, si esas rentas se distribuyen no se conjugan con los resultados generales de la sociedad, lo que solo va a ocurrir si no se reparten en el ejercicio pertinente entre los accionistas de esa inversión, pues entonces se confunden con los resultados generales del ejercicio correspondiente.

Lo que subyace a esta amplitud de posibilidades es pactar un serie de beneficios sociales y administrativos con el fin de captar a ciertos capitales que se puedan ver atraídos y, por tanto, que inviertan en este tipo societario, pues no olvidemos que en una primera instancia se erige como una alternativa más flexible y adecuada para la inversión asociada al capital de riesgo.

Finalmente, digamos que cualquier tipo de serie, sea ordinaria o preferida, y cualquiera que sea su expresión en cuanto a derechos y privilegios debe estar debidamente señalado en el estatuto social. A falta de estipulación estatutaria se aplica la regla general de que cada acción es un voto.

5.4.- En materia de aumento de capital social por parte de la administración.

En este punto, la Sociedad por Acciones implica una gran innovación, pues esta facultad de la administración nunca antes existió en Chile. Esta “rareza” para el derecho Chileno es común en el derecho norteamericano.

El capital puede ser aumentado por la junta de accionistas, al igual que en las Sociedades Anónimas, pero la gran novedad se presenta a propósito de que también puede ser aumentado por la administración, siempre que esta posibilidad se encuentre consagrada en el estatuto social.

Esta autorización puede ser general, es decir, el órgano administrador puede en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia aumentar el capital, o bien, limitada; es decir, esta facultad se establece bajo ciertas circunstancias. También puede ser temporal, es decir, esta facultad se puede ejercer en un determinado periodo, o bien, permanente; es decir, se trata de una facultad que se puede ejercer mientras dure la sociedad.

El problema que presenta esta amplia atribución, a nuestro juicio, es que si bien es cierto, el capital social se encuentra determinado en el estatuto social igualmente éste puede variar constantemente, pues el administrador lo puede aumentar intempestivamente. El único límite es que dicho aumento conste en el estatuto social a través de su respectiva reforma. Sin embargo, esto no evita que la participación social varíe sin mediar la voluntad de los accionistas. Por lo anterior, sostenemos que ante tamaña libertad otorgada a la administración, debiera concederse a los accionistas el derecho a retiro tal como lo señalaba el proyecto de ley de la Sociedad por Acciones para que así éstos puedan de alguna manera resguardar sus intereses económicos.

5.5.- En materia de derechos de acciones no pagadas:

Por regla general, las acciones no pagadas no gozan de derechos, sin embargo, cosa distinta se puede establecer en los estatutos.

5.6.- Límites mínimos y máximos de acciones que puede tener una persona:

Estatutariamente, se pueden establecer ciertos límites mínimos o máximos de acciones que puede tener una misma persona, directa o indirectamente. El estatuto deberá contener disposiciones que regulen los efectos y establezcan las obligaciones o limitaciones que nazcan para los accionistas que quebranten dichos límites, según sea el caso. En su defecto, dichas estipulaciones se tendrán por no escritas.

A demás, apelando a la autonomía de la voluntad se pueden establecer cláusulas en el estatuto que obliguen a los accionistas, bajo determinadas circunstancias, a vender todo o parte de sus acciones. La única exigencia legal es que estas disposiciones se encuentren expresamente señaladas en el estatuto, en caso contrario se tendrán por no escritas.

5.7.- En materia de flexibilidad en el régimen de adquisición de acciones por la propia sociedad emisora:

La ley prevé la posibilidad de que la Sociedad adquiera y posea acciones de su propia emisión, sin embargo, también se puede estipular en el estatuto social la prohibición expresa de adquirir acciones de su propia emisión. Cuando la sociedad tenga acciones de su propia emisión, éstas no se computarán para la constitución del quórum en la asamblea de accionistas o aprobar modificaciones del estatuto social. A demás, no tendrán derecho a voto, dividendo o preferencia en la suscripción de aumento del capital. Todo lo anterior se comparte también con las Sociedades Anónimas y encuentra su sustento legal en el artículo 438 del Código de Comercio.

Otro elemento innovador que plantea el mismo artículo citado en esta materia es que el plazo para enajenar las acciones adquiridas será aquel que establezca el estatuto de manera libre y, sólo a falta de estipulación, el plazo será de un año.

5.8.- En materia de disminución de capital:

La novedad en esta materia es que ley permite regular el régimen de disminución de capital, permitiendo a los socios pactar estatutariamente mayorías distintas a la que tiene la Sociedad Anónima. Si nada dice el estatuto en esta materia, la ley prevé que dicho acuerdo requiere de la unanimidad de las acciones. Y como la ley no distingue entre acciones con o sin derecho a voto, perfectamente se podría pactar que todas las acciones puedan concurrir para formar la mencionada unanimidad. En otras palabras, en esta materia el quórum no está reservado solo para las acciones con derecho a voto.

5.9.- En materia de avisos y publicaciones que sirvan de comunicación entre la sociedad y los accionistas.

El artículo 445 del Código de Comercio contempla la posibilidad de pactar cualquier medio de comunicación entre la sociedad y los accionistas, *“siempre que den razonable seguridad de su fidelidad”*. A demás, la ley deja de lado el sistema de aviso vía periódicos, siendo el sistema supletorio legal el correo electrónico, cuestión que no merece reconocimiento, pues se trata de una vía que da cierta seguridad en cuanto a su fidelidad y colabora con la celeridad de los negocios propia del periodo económico en que nos encontramos.

5.10.- En materia de funcionamiento de las juntas de accionistas:

En esta materia, primero, debemos señalar que se puede dar la hipótesis de que no haya junta de accionistas, pues recordemos que nuestra sociedad se caracteriza porque puede ser constituida por un solo accionista, caso en el cual no tendría sentido un órgano como este. Ahora bien, en segundo lugar, y en el evento que la junta de accionistas si se encuentre contemplada, no es imperativo aplicar las normas de las Sociedades Anónimas Cerradas, pues dichas normas se aplicarán solo en silencio del estatuto. Por lo tanto, en el estatuto se puede establecer: funcionamiento, frecuencia, poderes, asistencia y materias que los accionistas pretendan y que, por cierto, se encuentren debidamente estipuladas en el estatuto social.

5.11.- En materia de control de la administración.

En esta materia, la normativa de las Sociedades Anónimas puede ser utilizada, pero no es imperativo para los socios, pues éstos se pueden dar una forma de control completamente original e innovadora, siempre que esté estipulado en el estatuto. Así, pueden o no tener inspectores de cuenta o auditores externos o de la propia empresa.

De todas maneras, sea cual sea la forma de control que se den los accionistas es recomendable regularla de manera pormenorizada, estableciendo formas de nombramiento, tiempo de duración en el cargo, atribuciones y obligaciones, pues se trata de una materia sensible considerando los intereses de los socios, sobre todo en este tipo societario altamente desregularizado y con amplias libertades creativas.

5.12.- En materia de obligaciones adicionales para los accionistas:

En materia de obligaciones para los accionistas, la ley es escueta, pues solo establece que ellos serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Sin embargo, el artículo 424 del Código de Comercio abre la posibilidad de establecer obligaciones adicionales siempre que se estipulen en el estatuto. A nuestro juicio esto resulta relevante, pues puede permitir una regulación de obligaciones más rigurosas de los accionistas cuando, por ejemplo, éstos sean los administradores de la sociedad.

5.13.- Posibilidad de establecer quórum distintos para aquellas materias establecidas en el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Como la ley que regula la Sociedad por Acciones nada establece en torno a los asuntos que señala el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas que requieren de 2/3 de las acciones para ser acordados, se da la posibilidad que dicho quórum sea cambiado para el caso de las Sociedades por Acciones, pudiendo los accionistas pactar mayorías distintas (mayoría simple o absoluta), siempre que así se estipule en los estatutos sociales.

En este caso, nos estamos refiriendo a asuntos como transformación, fusión, división de la sociedad, disolución anticipada, modificación de las facultades de la administración, la creación de preferencias, entre otras.

Terminamos señalando que ante el silencio del estatuto en estas materias tiene aplicación inmediata el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas.

5.14.- En materia de solución de conflictos entre los accionistas, entre los accionistas y la sociedad, entre los accionistas y administradores y liquidadores de la Sociedad por Acciones y entre éstos y sus administradores y liquidadores:

Distinto a lo que ocurre en materia de Sociedades Anónimas, en el caso de la Sociedad por Acciones, la ley señala que son materia de arbitraje forzoso, pues no se abre la posibilidad de llevar estos asuntos a la justicia ordinaria. Si el estatuto nada dice, el arbitraje forzoso será de derecho, con facultades de arbitrador y designado por la justicia ordinaria. Sin embargo, los accionistas podrán establecer disposiciones que alteren esas reglas modificando el tipo de arbitraje y la conformación del tribunal arbitral, como así mismo, la forma de nombramiento de los árbitros y sus reemplazantes e, incluso, designar nominativamente a dicho árbitro, cuestión que en materia de Sociedades Anónimas no está permitido.

De esta manera, concluimos este capítulo que tenía como objetivo fundamental señalar que la autonomía de la voluntad en materia de Sociedades por Acciones tiene una especial aplicación y preeminencia, cuestión que difiere mucho del resto de las figuras societarias existentes en nuestra legislación.

El principio de la autonomía de la voluntad presente en esta sociedad resulta fundamental a la hora de dar un determinado marco legal a este tipo de sociedades, pues la amplitud de las estipulaciones que se pueden pactar en el estatuto social permite a los accionistas armar una sociedad con todos y cada uno de los elementos que éstos deseen, a la medida de sus intereses. Sin embargo, así como la ley consagra esta amplia autonomía y libertad creadora establece también ciertas limitaciones, a nuestro juicio necesarias, que vienen a dar un mínimo de marco legal que otorgue a esta figura una efectiva funcionalidad y entregue al o los accionistas certeza jurídica y permita el correcto funcionamiento de la sociedad para los fines que fue creada.

Conclusiones

Una vez finalizada esta investigación estamos en condiciones de señalar las siguientes apreciaciones a modo de conclusión:

La escasa investigación teórica en Chile sobre esta nueva y particular figura resultaron el principal y más importante motor para plantearnos una investigación seria. Luego de realizar un trabajo de indagación y búsqueda de información fue posible constatar que existe muy poca bibliografía en la materia y sostenemos que ésta es una de las razones más poderosas que explican la baja aplicación práctica que tiene esta figura societaria, pues los operadores jurídicos no saben con certeza a qué tipo de sociedad se están acercando.

La sociedad por Acciones se presenta e introduce en nuestra legislación como una alternativa flexible de organización societaria de un negocio. Si la sometemos a una comparación con la Sociedad Anónima vemos que se erige como una alternativa más flexible y liviana que estimula y fomenta la inversión en negocios innovadores que no contaban con el vehículo adecuado para su efectiva realización. Sostenemos que, hasta ahora, la Sociedad por Acciones ha cumplido en este cometido, pues flexibiliza materias fundamentales como la administración y regulación de las acciones. Es decir, ha trata de cumplir a cabalidad con el objetivo que se le encomendó; a saber, ser el instrumento societario idóneo para el fomento de la inversión en el capital de riesgo.

Además de ser una alternativa flexible de organización societaria, presenta una nueva y gran particularidad; a saber, la Sociedad por Acciones cuestiona y pone en duda nuestra tradición doctrinal en materia de naturaleza jurídica de las Sociedades, pues la sociedad ya no es un contrato en que se requiere de la concurrencia de dos o más personas para que nazca a la vida del derecho, sino que esta nueva figura puede ser constituida por una o más personas. Ante lo anterior, tomamos partido por las Teorías Unilateralistas o de Acto Jurídico Unilateral que tratan de explicar la naturaleza jurídica de las sociedades.

Junto a la ruptura que trae aparejada esta nueva figura societaria con la Teoría Clásica Contractualista, realzamos como rasgo distintivo la preeminencia del Principio de

la Autonomía de la Voluntad. La supremacía de este principio es uno de los elementos más interesantes, pues a partir de él se pueden explicar una serie de características muy propias a esta sociedad. Una determinación correcta y acabada del alcance y límites del principio en cuestión nos permiten lograr una aplicación correcta y, ojalá, más masiva de esta figura. De esta manera, sostenemos que si bien esta figura consagra una amplísima autonomía de la voluntad, dicha libertad creadora reconoce algunos límites que planteamos con el fin de evitar abusos, sobre todo considerando la escasa experiencia que tenemos en Chile respecto de la Autonomía de la Voluntad en materia societaria.

La referida libertad se manifiesta desde la el inicio de la Sociedad por Acciones, partiendo por su constitución que puede ser por instrumento privado. Además, se manifiesta en cuestiones fundamentales como la administración que puede asumir la forma que los accionistas deseen siempre que se encuentre consagrado en el estatuto social. Sin embargo, sin duda que las más importantes innovaciones se presentan en materia de acciones, pues se pueden establecer acciones ordinarias o preferida, acciones con voto múltiple, limitado o sin derecho a voto, acciones asociadas a un dividendo fijo y preferente pagadero a todo evento, entre otras tantas manifestaciones que realzan el carácter flexible de esta sociedad y la preeminencia que tiene la Autonomía de la libertad.

Ya lo mencionamos en un párrafo anterior, esta libertad debe ser capaz de reconocer algunos límites que contribuyen a la certeza jurídica necesaria en todo negocio y que evitan excesos o abusos. Los límites los encontramos en primer lugar en la propia ley, pues se existen algunas normas que son obligación para las partes, pues es la propia ley que regula la Sociedad por Acciones la que señala que las partes pueden fijar libremente lo que deseen, salvo por aquello dispuesto expresamente en el párrafo 8° del título VII del Libro II del Código de Comercio. Junto a los límites legales encontramos ciertos límites que tienen su origen en los elementos de la esencia de toda sociedad, elementos sin los cuales la sociedad no sería tal. Elementos como la participación en los beneficios y la participación en los riesgos no pueden verse pasados a llevar por la voluntad creadora de las partes, pues pese a estar en presencia de una sociedad nueva y flexible sigue siendo una sociedad, sujeta a los elementos que están sujetas todas las sociedades presentes en el derecho Chileno.

Terminamos señalando que la existencia de una sociedad altamente flexible en sus normas, con una consagración amplísima del principio de la Autonomía del Voluntad y que ofrece la posibilidad única en Chile de ser constituida por un solo socio implica un importante avance en materia societaria que repercute fuertemente en el crecimiento de la economía del país bajo el modelo económico imperante. Por lo tanto, queda pendiente el desafío de seguir estudiando e indagando en los detalles de esta Sociedad, pues solo así lograremos la efectiva y masiva aplicación para la cual fue creada.

Bibliografía.

I.- Libros y textos doctrinarios:

- 1.- **Sandoval López, Ricardo** (2005): *Derecho Comercial, Sociedades de persona y de capital*. Tomo I, volumen 2. Séptima edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 2.- **Puga Vial, Juan Esteban** (2011): *La sociedad anónima: y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*. Primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 3.- **Torres Zagal, Óscar** (2008): *Derecho de Sociedades*. Tercera edición actualizada, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago.
- 4.- **Baeza Ovalle, Gonzalo** (2003): *Derecho Comercial*. Tomo II. Editorial LexisNexis Chile, Santiago.
- 5.- **Uría, Rodrigo** (1991): *Derecho Mercantil*. Decimoctava edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A, Madrid.
- 6.- **Reyes Madariaga, Julio**. “*Apuntes de clases de Derecho Comercial*”. Año 2012.

II.- Artículos y documentos electrónicos:

- 1.- **Reyes Madariaga, Julio** (2009): “Nuevas tendencias del derecho societario chileno. Panorama actual”, en *Anuario de derecho comercial y marítimo*, Edeval, Valparaíso.
- 2.- Proyecto de ley que introduce adecuaciones de índole tributaria e institucional para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa con la modernización del mercado de capitales. Disponible en www.bcn.cl

III.- Legislación:

- 1.- **Código Civil de la República de Chile.** Editorial Jurídica de Chile. Decimocuarta edición oficial. Año 2003, Santiago, Chile.
- 2.- **Código de Comercio de la república de Chile.** Legal Publishing, Décima edición. Año 2010, Santiago, Chile.
- 3.- **Ley 18.046** Sobre Sociedades Anónimas.
- 4.- **Ley 20.190** Que introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa con la modernización del mercado de capitales.