

HACIA LA RECONSTRUCCIÓN
DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD
EN EL DERECHO CHILENO.
REVISIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA
COMPARADA

TOWARDS THE RECONSTRUCTION
OF THE CONCEPT OF COMPANY
IN THE CHILEAN RIGHT.
REVIEW FROM A COMPARED PERSPECTIVE.

VERS LA RECONSTRUCTION DU CONCEPT
DE SOCIÉTÉ DANS LE DROIT CHILIEN.
RÉVISION À PARTIR
D'UNE PERSPECTIVE COMPARÉE

*María Fernanda Vásquez Palma**

107

RESUMEN

La sociedad representa hoy día una forma de ejercicio organizativo de la actividad de empresa, marcada por ordenes más o menos estrictos de actuaciones y de imputación de los resultados activos y pasivos derivados de ellas, que tienen su origen en un acto de la autonomía privada,

* Profesora Asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Dirección postal: avenida Lircay s/n, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca. Artículo recibido el 7 de enero de 2014 y aceptado para su publicación el 17 de marzo de 2014. Correo electrónico: mfvasquez@utalca.cl

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación FONDECYT regular N° 1130376, titulado “La modernización del Derecho societario en Chile: Un análisis sincrónico a partir de las políticas legislativas adoptadas en Derecho comparado”, financiado por CONICYT Chile, del que la autora es investigadora responsable.

Agradecimientos especiales a la Universidad de Mannheim (Alemania), de Valencia y Alcalá de Henares (España), donde he realizado estancias de investigación relativas a este proyecto de investigación.

contrato o acto unilateral. Esta nueva concepción es una consecuencia de los profundos cambios que ha experimentado el Derecho Societario de manera global, lo que ha obligado a reformular la institución en diversos aspectos. Uno de ellos es justamente la actual noción de la sociedad y sus elementos estructurales, que han debido enfrentar –en mayor o menor medida- la tradicional concepción que sobre ella se ha articulado.

Palabras claves: reconstrucción, concepto sociedades, Chile.

ABSTRACT

The company represents nowadays a form of organizational exercise of the activity of company, marked by more or less strict orders of actions and of imputation of the active results and liabilities derived from them, which have his origin in an act of the private autonomy, contract or unilateral act. This new conception is a consequence of the deep changes experienced by corporations Law in a global way, forcing to re-elaborate this institution in several aspects. One of them is precisely the traditional notion of corporation and his structural elements, that must face - in major or minor measure - the traditional conceptions that over it have been articulated.

108

Key words: Reconstruction, concept companies, Chile.

RÉSUMÉ

La société représente à nos jours une forme d'exercice d'organisation de l'activité de l'entreprise, marquée par des ordres plus ou moins strictes des actions et imputations des résultats passifs et actifs qui lui sont dérivés, ayant leur origine en un acte de l'autonomie privée, contrat ou acte unilatéral. Cette nouvelle conception est une conséquence des changements profonds subis globalement par le Droit des sociétés, ce qui a obligé à reformuler l'institution sous différents aspects. L'un d'entre eux étant justement la notion actuelle de société et ses éléments structurels, lesquels ont du affronter à différents degrés, la conception traditionnelle articulée à leur égard.

Mots clés: Reconstruction, concept sociétés, Chili.

I. INTRODUCCIÓN

¿Es la sociedad un contrato? Si bien resulta tradicional responder esta interrogante en forma afirmativa tanto desde una óptica legislativa como doctrinal, lo cierto es que este paradigma debe, por lo menos, ponerse en entredicho, así como también sus elementos y ejes estructurales, debido a una sucesión de reformas que se han propiciado desde la instauración de esta definición y que han logrado permear este habitual entendimiento. En tal sentido, preguntarse, ¿qué es una sociedad?, ¿cuál es su auténtica naturaleza jurídica? y ¿cuáles son sus elementos esenciales? Son inquietudes que no sólo están vigentes sino que tenemos el deber de responder calibrando los diferentes factores que en ello inciden.

En los últimos años se ha visto un proceso de cambio permanente en el Derecho Societario con hitos especialmente significativos, lo que ha dotado a esta disciplina jurídica de un lenguaje conceptual en cierta medida renovado, develando notables insuficiencias legislativas a la hora de afrontar los numerosos y variados problemas del tráfico mercantil, de manera de ofrecer un sistema ordenador a la altura de las necesidades actuales¹. Frente a ello, la elaboración de un nuevo Derecho de Sociedades, valorando las consecuencias regulatorias de su aplicación, es uno de los campos más activos de la investigación jurídica actual. En este contexto, se ha reclamado la revisión de viejos paradigmas y el establecimiento de nuevas estructuras que permitan a las sociedades disfrutar de formas más flexibles y seguras en mercados locales y exteriores de acuerdo con sus intereses estratégicos y comerciales. Estas innovaciones se han estudiado profusamente en la Unión Europea y otras legislaciones, existiendo en la actualidad un marco general que incentiva la adopción de ciertas medidas², lo que ha propendido a reformular aspectos vitales del Derecho de Sociedades, entre ellos su noción y elementos.

En el presente texto, me abocaré al estudio de la noción societaria desde una perspectiva histórica, dogmática y legislativa. El objeto de preocupación reside en dilucidar cómo los cambios efectuados en esta institución han incidido en una nueva concepción y construcción de aquélla. Para lograr lo anterior, partiré por una revisión histórica de las tesis que explican la naturaleza jurídica de las sociedades y cómo sus problemas han sido afrontados y discutidos por la doctrina. En segundo lugar, analizaré los elementos que tradicionalmente se han considerado esenciales en su definición tanto desde la perspectiva de Derecho Comparado –que resulta

¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2010), p. 130.

² HOPT (2010), p. 270 y ss., citando a Jan Von Hein.

ineludible para estos efectos— como de Derecho chileno³. Seguidamente, develaré otros problemas aledaños a esta definición y las nociones que en la actualidad se han dibujado para describir lo que ha de entenderse por esta institución en las distintas legislaciones. Para terminar, y a partir de lo anterior, efectuaré algunas propuestas de *lege ferenda* y un nuevo entendimiento del Derecho Societario en Chile.

Esta materia, pese a su innegable importancia, no ha sido objeto de análisis por nuestra doctrina de la forma que aquí se propone, de manera que espero que el presente artículo contribuya a generar esta necesaria discusión, junto con forjar los cimientos que colaborarán en este nuevo entendimiento y reconstrucción.

II. SOBRE LA NOCIÓN DE LA SOCIEDAD Y SU IMPERMANENCIA

1. Sobre la clásica relación entre sociedad y contrato

110

Si bien resulta tradicional la calificación de la sociedad como contrato, al revisar la génesis del Derecho de Sociedades veo que, en realidad, no existe una correlación directa entre ambas instituciones, sólo en el siglo II a C. en Roma, se puede vislumbrar el nacimiento de este vínculo. Por aquél tiempo la sociedad pasó a formar parte de los llamados *contratos consensuales*, teniendo como antecedente las convenciones internacionales que se celebraban entre comerciantes romanos y extranjeros reguladas por el *ius gentium* e incorporadas posteriormente al *ius civile*. La amplia libertad contractual en la actividad societaria permitió un importante desarrollo del comercio y del bienestar de los ciudadanos romanos⁴.

Las formas de sociedades que existieron en dicha época eran consideradas como meros contratos asociativos entre las personas que lo formaban, sus efectos eran vinculantes sólo respecto de ellos, sin tener relevancia para los terceros. Ello se debe al hecho de que el vínculo no daba origen a una persona jurídica distinta de sus fundadores, ni se concebía el nacimiento de un sujeto de derecho nuevo. Se entendía que los actos eran realizados de manera directa entre el socio y el tercero, siendo el primero responsable personalmente con su patrimonio y con prescindencia del bien común de la sociedad⁵. El contrato implicaba básicamente que dos

³ ABRIANI (2008), p. 36.

⁴ El Derecho Romano no nos entrega una definición de esta figura jurídica, sino que sólo un concepto, el de *societas*, el que proviene de *socius*, que significa socio, compañero, partícipe, a su vez *sociur* deriva de *sequi*, que significa ir detrás, acompañar, seguir. Sobre el tema, véase MONCAYO (2009), p. 3.

⁵ SUAREZ (2007), p. 47.

o más personas se comprometían a colocar ciertas cosas en común para obtener una utilidad lícita⁶. El vínculo era personalista de manera que la muerte de alguno de sus integrantes determinaba de manera necesaria la disolución del negocio. Por su parte, dado que se carecía de un derecho específicamente comercial o civil, todas las relaciones jurídicas estaban reguladas por un derecho común. Dentro de estos tipos de sociedades encontramos las *societas omnium bonorum*, las *societas universorum quae ex quaestu veniunt*, las *societas unius rei*, las *societas alicuius negotiationis*, las *societatis vectigalium*, las *societas unius rei*, entre otras⁷.

En la revisión del proceso evolutivo, cabe destacar el aporte efectuado más adelante por el Derecho Canónico en la elaboración histórica de la teoría de la personalidad jurídica. Los posglosadores ampliaron el ámbito de aquéllas, incluyendo el concepto de la corporación (*collegium*) a las colectividades, públicas o privadas, incluso, sociedades mercantiles cuando se constituían bajo nombre colectivo⁸. La noción societaria que albergó el Derecho Romano y Canónico influyó directamente en el *Código de Napoleón*, que acogió la tesis contractual y que trascendió al resto de los códigos iberoamericanos, entre ellos el nuestro⁹. No obstante, tal idea no fue unívoca, pues el sistema jurídico del *Common Law*, a diferencia del anterior, no realizó la vinculación descrita (sociedad y contrato), así, por ejemplo, para el Derecho inglés las sociedades colectivas o *Partnerships* (Ley de Sociedades Colectivas de 1890, Partnership Act), siguen sólo en parte este criterio, ya que las *companies* nacieron alejadas de esta idea vinculándose, en cambio, con la noción de *corporation* –típicamente inglesa–, según la cual una o varias personas integran una institución que debía ser autorizada por la Corona, mediante el otorgamiento de *charters of incorporation*. La estructura resultante se asemeja a la de una persona jurídica pues, si bien cuenta con varios miembros, esa entidad es independiente de cada uno de ellos y dispone de los denominados atributos de la personalidad, subsistiendo con independencia de sus integrantes. Así surgieron las primeras compañías incorporadas para asuntos comerciales, primeros antecedentes de la *company* moderna. Como resultado de lo expuesto, los autores ingleses no consideran a las compañías nacidas de un contrato, sino, mas bien, de un acto –el registro– al que la ley le confiere el efecto de crear la corporación. Ello conduce a que en este Derecho la Sociedad se asemeje a una institución.

De los aspectos históricos brevemente relatados llego a la conclusión de que, aun cuando definir a la sociedad como un contrato es una afirmación

⁶ GIGGLBERGER (2010), pp. 45-46.

⁷ Sobre esta materia puede consultarse a: MONCAYO (2009), pp. 6-8; CARAMÉS (1976), p. 325 y ss.

⁸ QUESADA (2009), pp. 136-137.

⁹ SUAREZ (2007), pp. 21-22.

latente en la legislación y doctrina privatista, ella probablemente derivó –como en la mayoría de los casos– de una elección de política legislativa y no de una convicción ligada a la institución societaria. Como contrato, la sociedad formaba parte de los actos de autonomía privada y, por tanto, su constitución estaba destinada a liberarse de las trabas de la intervención y del control público¹⁰. Derivado de ello, si bien el contrato es una forma de explicar el origen de la sociedad, en la actualidad –como se verá más adelante– no es el único, pues se ha acogido con cada vez mayor fuerza la posibilidad de crear sociedades unipersonalmente, de manera tal que no se trata en realidad de una simbiosis insuperable.

2. Naturaleza jurídica de la sociedad. Análisis de las tesis planteadas

Han sido variadas las doctrinas que en el devenir histórico han discurrido sobre el verdadero carácter de la sociedad. Las tesis expuestas han sido múltiples, desde la tradicional contractualista, que no visualiza mayor diferencia entre la declaración de voluntad de los socios y la de cualquier otro contratante, hasta la posición institucionalista, para la cual la sociedad o, al menos, ciertas especies particulares de ella, como la anónima¹¹, no son más que instituciones jurídicas tan imperativamente reguladas por la ley que con respecto a ellas no es posible hablar de un auténtico y libre acuerdo de voluntades, sino, más bien, de la adhesión individual de cada asociado a esa entidad delineada en los preceptos de manera rígida y estricta. Revisaré, a continuación, las construcciones doctrinales más relevantes¹².

La tesis *clásica* o *contractualista* explica que la sociedad tiene su origen en un acuerdo entre los socios que adopta la forma de un contrato. Esta doctrina se mantuvo sin contrapeso hasta fines del siglo XIX, siendo recogida en las principales codificaciones civiles y mercantiles de comienzos de dicho siglo¹³. En las últimas décadas, sin embargo, esta tesis fue puesta en entredicho¹⁴ bajo los siguientes fundamentos:

¹⁰ ABRIANI (2008), pp. 36-37.

¹¹ Reconociendo un origen alejado de lo contractual de las sociedades anónimas, véase: Hierro (1998), pp. 195 y ss.

¹² Reconociendo que en Chile no se ha prestado mayor atención a este asunto y que existen amplias inquietudes sobre el particular, véase LÓPEZ (2010), pp. 82-84.

¹³ Los más relevantes fueron: el *Código Civil* francés de 1804, el *Código de Comercio* francés de 1807, el *Código de Comercio* español de 1829. El *Código Civil* chileno acoge esta figura en 1857.

¹⁴ En principio se establece la *teoría del acto unilateral*, fundamentalmente de origen alemán, donde aparecen los primeros cuestionamientos a la naturaleza contractual de la sociedad. Sobre esta materia, véase FERNÁNDEZ VÁSQUEZ (2009), p. 6.

- Si bien puede existir un acuerdo inicial, el mismo no responde a las características del contrato sinalagmático clásico, pues las prestaciones que le son propias no se miran como la causa correlativa entre ellas, los estipulantes del negocio comparten un mismo interés que se convierte, entonces, en común. En tal sentido, a diferencia de lo que ocurre en los contratos conmutativos, en el acto constitutivo de la sociedad no existen prestaciones de las partes que crucen como contraprestación.
- Al hilo de lo anterior, se advierte que en los contratos normales las declaraciones de voluntades intercambiadas entre las partes tienen un contenido típicamente diverso, aunque complementario (por ejemplo una parte vende y la otra compra) y una dirección inversa (porque el vendedor declara al comprador y el segundo al primero), mientras que en la sociedad el contenido de aquéllas es homogéneo, cada uno pone en común una cosa para distribuirse los eventuales resultados. En el negocio constitutivo de la sociedad no existen dos partes con intereses contrapuestos que intentan armonizarse a través de un consentimiento perfeccionador, sino una sola parte (integrada por todos los socios) caracterizada por la posesión de un mismo interés (el ánimo de lucro). Sobre la base de ello, en la sociedad no se habla propiamente de partes sino de socios.
- Como consecuencia de las razones antes esbozadas, se puede afirmar la imposibilidad de aplicar al negocio constitutivo de la sociedad gran parte del régimen jurídico de los contratos (*v.gr.*, la cláusula resolutoria tácita), así como cuestionar si los efectos de la primera son reconducibles a una relación jurídica propia de los segundos.
- Otro cuestionamiento deriva del hecho que la noción contractual de sociedad deja de lado una característica esencial, como es su aspecto organizativo, ya que por medio de ésta se crea un ente que expresa su voluntad y actúa en el tráfico jurídico a través de órganos o personas¹⁵.
- Además, el hecho que un simple acuerdo de voluntades tuviese la capacidad de hacer nacer un sujeto de derecho con personalidad jurídica propia, ha llevado a pensar en la sociedad como un acto complejo, que va más allá de un mero acuerdo de voluntades¹⁶.
- Finalmente, la especial arquitectura y funcionamiento de las sociedades anónimas¹⁷, ha puesto en tela de juicio el carácter con-

¹⁵ BONILLA (2008), p. 8.

¹⁶ BROSETA (2010), p. 186.

¹⁷ Resulta ilustrativo en este punto la tesis de José María Gondra quien señala que la persona jurídica es una mera "ficción legal" que se apoya en razones de pura conve-

tractual de su acto constitutivo con mayor acento, pues su especial configuración ha llevado¹⁸ a considerar a esta sociedad como producto de un acto de naturaleza compleja que presenta notorias diferencias con el tradicional concepto de contrato¹⁹.

Los cuestionamientos antes señalados han provocado que esta tesis se matice sustancialmente. En tal sentido, y con la clara intención de contrarrestar las críticas antes esbozadas, se ha señalado que la sociedad es un contrato especial en la medida que se debe entender con carácter plurilateral y organizativo. Sería plurilateral porque en él intervienen dos o más partes cuyas voluntades van encaminadas hacia el logro de un fin común, siendo por su propia naturaleza un contrato abierto en el que normalmente pueden incorporarse luego otros sujetos²⁰, como resultado de ello, las partes adquieren obligaciones y derechos de idéntica naturaleza jurídica de manera que convergen sus intereses hacia un núcleo o centro y no se enfrentan entre sí²¹. Sería organizativo, y no sinalagmático, porque a través del mismo se coordinan elementos que integran la persona jurídica en sí, esto es, la entidad corporativa, estableciéndose los órganos mediante los cuales se genera y expresa su voluntad propia. Entendido así, la sociedad sería un contrato celebrado entre dos o más personas con intereses superpuestos²², se trataría de uno con carácter asociativo que implica la unión de dos o más sujetos destinada a la consecución de un propósito económico determinado y que lleva implícita la obligación de colocar algo en común, lo que envuelve la idea de riesgo²³. El interés de cada socio se satisface mediante el logro de un fin común y ello se obtiene a partir del cumplimiento de las prestaciones del resto de los socios.

La tesis del contrato plurilateral y organizativo (neocontractual) tuvo la virtud de diferenciar entre el acto constitutivo de la sociedad y la sociedad misma, para sostener que respecto del primero se podría predicar un carácter contractual a diferencia del segundo donde sólo es dable admitir

nencia, para facilitar la contratación con los diferentes grupos que se relacionan con la empresa. Con ella se oculta la verdadera esencia de la sociedad, que no es más que un “nexo de contratos”. En realidad, lo que hay detrás de la persona jurídica es una multitud de relaciones complejas, de contratos entre la “ficción legal” (la corporación) y los propietarios de los diferentes *inputs* (empleados, aportantes de capital, acreedores, consumidores, usuarios, etc.), que se desarrollan en el marco de un proceso complejo en el que los objetivos conflictivos de los sujetos alcanzan un equilibrio, como sucede en el mercado, a través de la negociación contractual. GONDRA (2010), pp. 186-187.

¹⁸ NISSEN (2006), pp. 61-62.

¹⁹ ATEHORTÚA (2005), p. 59.

²⁰ ABRIANI (2008), p. 37.

²¹ OLAVARRÍA (1956), p. 239, citando a Tullio Ascarelli.

²² IBÁÑEZ (2012), p. 27.

²³ Sobre el tema, véase PUELMA (2001), p. 63.

la existencia de una institución independiente y diferenciada. Con todo, y aun considerando válido este razonamiento, creemos que no es extrapolable a la totalidad de las sociedades, pues no todas requieren de un acto contractual para nacer. En este sentido, para Julie Von Gierke sería posible admitir la naturaleza contractual del negocio constitutivo en las sociedades personalistas, mas no en las de capital, ya que en este último caso la sociedad se constituye por un acto unilateral de los fundadores mediante el cual se impone el estatuto que rige a esta corporación. El acto se produce debido a la suma de las declaraciones de voluntad, es decir, de cada uno de los participantes, lo que se traduce en la unanimidad o en un acuerdo legítimo de mayoría, a diferencia de lo que ocurre en el contrato, en que las declaraciones e intereses se someten a un acuerdo contractual²⁴.

Aun admitiendo el origen contractual de parte de las sociedades, ésta no podría ser considerada su naturaleza jurídica, sino sólo uno de los orígenes que contribuyen a explicar su dinámica. Si lo fuera, y la naturaleza contractual se mantuviese en el transcurso societario, los socios no podrían modificar este pacto con menos voluntades que las inicialmente consideradas para su conformación.

Siguiendo este orden de ideas, Maurice Hauriou y posteriormente por Georges Rénard, plantean una nueva tesis²⁵. Sin perjuicio de reconocer el origen contractual de la sociedad, afirman que de este acto emerge una institución, entendida como un ser o un ente intermedio entre el individuo y el Estado. Éste nace de la observación del comportamiento individual en la sociedad organizada, constituyendo un grupo social intermedio entre el individuo y el Estado, con aptitud de sujeto de Derecho²⁶. La sociedad configura un organismo investido de personalidad y voluntad propia, lo que importa un verdadero centro de imputación de derechos y obligaciones que tiene un fin social que predomina por sobre los intereses individuales de los socios. La institución se entiende como un organismo dotado de propósito de vida y de medios de acción, superiores en poder y en duración a aquellos individuos que la componen²⁷.

²⁴ BONILLA (2008), p. 8.

²⁵ Sobres las consecuencias que se derivan de una interpretación institucionalista, véase MORGESTEIN (2010), p. 23.

²⁶ Esto ha llevado a definir la sociedad, en cuanto forma legal reguladora de la actividad empresarial, como una institución jurídica de naturaleza poliédrica que se erige primigeniamente sobre la base de un negocio jurídico complejo denominado contrato de sociedad –pacto social o sociedad interna–, pero que se constituye y se construye a su vez, a fin de operar en el tráfico válidamente y con seguridad jurídica para terceros que operan con la empresa común de los socios, como persona jurídica moral, registrando públicamente una documentación que contiene, entre otros elementos, unos estatutos o pactos sociales. IBÁÑEZ (2012), p. 25.

²⁷ OVIEDO (2011), p. 263.

Posteriormente se ha complementado esta última teoría sistematizando los aspectos básicos de esta doctrina²⁸. En tal contexto se esgrime que del contrato de sociedad nace un sujeto de derecho que tiene un interés legítimo distinto al de sus socios y una voluntad para defender ese interés. La sociedad, en cuanto institución, lleva implícito un interés perdurable (fin social) y para ello cuenta con una pluralidad de órganos. En este sentido, las cláusulas estatutarias se entenderían como simples medios para la consecución del interés social, y de ahí que puedan ser modificadas según las necesidades de la sociedad, sin el consentimiento de todos los socios, poniendo de manifiesto la preeminencia que tiene el interés social sobre el de los socios. De hecho, los propios fundadores tienen serios límites impuestos legalmente para definir de manera libre una serie de materias relativas a su organización y funcionamiento, normas que actúan como auténticas barreras a la autonomía privada. Esto explicaría como la sociedad –una vez formada– deviene en una verdadera institución.

116

Esta tesis convive con la tesis neocontractual que no ha perdido vigencia²⁹, fundamentalmente a partir del registro legislativo o codificador. Para ello se esgrime que, si bien la sociedad presenta una estructura de intereses, por cierto, distinta a los contratos de cambio, no implica carezcan de un conflicto de intereses, sino que al lado de ello hay también un interés común. La contraposición de intereses se percibiría en la aportación y en los resultados. Desde esta perspectiva, el contrato tendría doble eficacia: obligatoria (contrato obligatorio) y organizativa (contrato de organización), de manera que la institución sería una consecuencia de aquél. Se afirma que la naturaleza del contrato es obligatoria, pues de él surge un complejo de derechos y obligaciones que integran la condición y cualidad de socio, entre los que puede mencionarse la obligación de aportar, de administrar, de contribuir a las pérdidas, y las que se derivan del deber de fidelidad; en relación con los derechos, destacan los relativos a la gestión y control (voto, rendición de cuentas, derecho a información), y al beneficio, a la cuota de liquidación y al reembolso de los gastos. En cuanto contrato de organización, despliega su eficacia unificando el grupo, proveyendo capacidad para actuar y generar relaciones externas, y para gozar de una estructura jurídica que le permita actuar. En este contexto se otorga personalidad jurídica a las sociedades³⁰.

Desde la mirada de otras áreas disciplinarias, se ha esgrimido, a su vez, que la sociedad es una *organización de capital y trabajo* para la producción

²⁸ ATEHORTÚA (2005).

²⁹ PAZ-ARES (2006), p. 480.

³⁰ Para Cándido Paz-Ares, la decisión de brindar personalidad jurídica a todas las sociedades se entiende arbitraria y en cierto modo necesaria, p. 486.

de bienes y servicios, cuyos beneficios se dividen entre sus miembros. En este sentido, la noción de sociedad se asimila a la empresa en tanto instrumento creado por el Derecho para los intereses económicos³¹ o una técnica para la organización de aquélla³². Por su parte, desde una mirada más amplia se ha planteado que no sería más que una *asociación* creada por la voluntad de las partes o por disposición legal, como ocurre en el caso de las sociedades de hecho.

Como se puede apreciar, la sociedad no es ni ha sido entendida de una manera unívoca. La necesidad de encontrar una intelección adecuada de la noción societaria y su naturaleza jurídica, pone en evidencia su innegable importancia práctica, en la medida que presenta efectos trascendentes a la hora de comprender e interpretar la institución societaria y dar aplicación a un conjunto normativo en la resolución de determinados conflictos³³. Pues bien, de lo expuesto precedentemente, es claro que la tesis contractualista no se puede seguir afirmando con tanta fuerza:

- primero, porque no logra explicar consistentemente el origen de todas las sociedades;
- segundo, porque una vez constituida la sociedad se crea una institución independiente que goza de un estatuto jurídico propio y
- tercero, porque presenta una incapacidad para brindar una respuesta satisfactoria a la estructura de las sociedades, en especial a las de capitales³⁴.

En tal sentido, resulta muy necesario reflexionar sobre esta noción con el objetivo de comprender su esencia y su consiguiente contenido normativo en coherencia con aquélla.

117

III. REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA NOCIÓN SOCIETARIA

La calificación de la sociedad como contrato ha sido recogida principalmente en el Derecho europeo y latinoamericano con la clara intención de configurar un instrumento de libertad económica, propio de una iniciativa privada y brindar así un marco jurídico aplicable. El art. 2053 del *Código Civil* chileno sigue este derrotero al expresar:

“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

³¹ En esta línea VILLEGAS (1995), p. 29.

³² REYES (2004), p. 176.

³³ ECHAIZ (2005) p. 215.

³⁴ OVIEDO (2011), pp. 266, 274.

beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”.

A partir de ello, se sostiene que la sociedad debe cumplir con los requisitos propios de todo contrato (consentimiento, objeto, causa y, en su caso, forma) y otros especiales de este tipo en particular, como son: la existencia de dos o más personas; aportes; fin social y repartición de beneficios y pérdidas. Las reformas efectuadas en estos últimos años, junto a las modernas tendencias, han provocado un consistente debilitamiento de esta noción³⁵, lo que nos obliga a revisar si los elementos antes singularizados deben mantenerse o debemos dar un paso en pos de la modernización de la institución societaria.

La siguiente revisión pretende indagar cuáles de estos elementos paradigmáticos debieran ser considerados en la actualidad como los elementos esenciales de la sociedad con la clara finalidad de llegar a construir esta noción.

1. Elemento personal

118 De acuerdo con el precepto en cita, la sociedad es un contrato de dos o más personas. Desde este sitio surgen al menos dos preguntas: ¿qué implica este elemento? y ¿si es verdadera esta afirmación? La primera interrogante necesariamente debemos enlazarla con la voluntariedad, en la medida que formar una sociedad o una asociación es un derecho reconocido en la Constitución³⁶, de manera que nadie puede ser obligado a pertenecer a ella. En este contexto, no podría hablarse de sociedades obligatorias, pues en éstas no existe la piedra angular que da vida a la institución: la autonomía de la voluntad. Es preciso, entonces, que se revisen los vocablos que aluden a sociedades obligatorias en el sentido de reconocer que no existe allí una verdadera sociedad, sino otra institución.

En relación con la segunda inquietud, si bien se ha afirmado que la pluripersonalidad constituye un requisito esencial y constitutivo de la sociedad, en la actualidad tal aserto merece serios cuestionamientos. En efecto, podemos observar que, aunque el Derecho Societario se ha concebido bajo el dogma de la pluripersonalidad (dos o más personas), en los últimos años han sido varias las legislaciones que han comenzado a ceder y aceptar la unipersonalidad (originaria y derivativa). Esto se debe fundamentalmente al reconocimiento de las realidades económicas y sociales imperantes, de manera que la institución societaria ha intentado

³⁵ REYES (2004), pp. 90-91.

³⁶ En Chile, art. 19 N° 15 de la *Constitución política*.

brindar respuesta a estas necesidades³⁷. El punto de inflexión ha sido la limitación de responsabilidad³⁸, toda vez que la aparición de la sociedad de responsabilidad limitada, como figura societaria destinada a la pequeña empresa, hizo reflexionar profundamente sobre este beneficio y la imposibilidad que aquél operase para los empresarios individuales³⁹. Se reconoció, además, que muchas sociedades se constituían con el único objetivo de obtener el citado beneficio, de manera que, al abrir esta discusión, también se esperaba transparentar y sincerar la verdadera situación de las sociedades. El mayor argumento esgrimido para rechazar la unipersonalidad societaria era precisamente la naturaleza jurídica de ésta, pues al ser considerada bajo la noción contractual, era imposible que ésta pudiera nacer a la vida del Derecho mediante la manifestación unilateral de voluntad, en tal sentido se sostenía que tal configuración constituiría una “legalización del fraude” y un “absurdo técnico”⁴⁰.

Avanzado el siglo XX resultaba difícil seguir sosteniendo el requisito formal de la pluralidad de socios en una sociedad como la de capital, cuyo sustrato ontológico mostraba una clara evolución funcional hacia la organización de la empresa como vehículo productivo autónomo. A partir de ello, la sociedad unipersonal fue ganando adeptos en Europa, desde la aceptación de la unipersonalidad sobrevenida hasta la aceptación de la unipersonalidad en su forma más pura y dogmáticamente resistida: la sociedad de un solo socio en su fase originaria. Este reconocimiento fue gradual, su origen más remoto lo podemos hallar en el año 1926, con ocasión de una importante modificación al *Código Civil* del principado de Liechtenstein en materia de sociedades y personas jurídicas, en que se incorporaron novedosas herramientas de gestión para el empresario e inversionista individual (*Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung*)⁴¹ y se creó la figura de “Anstalt” y la sociedad de personas o de capital con un solo socio (*Einmannverbandspersonen*). Luego fue la ley danesa sobre sociedades de responsabilidad limitada la que reconoció por primera vez en Europa la figura unipersonal originaria, posteriormente lo hizo Alemania y Holanda.

³⁷ Un estudio sobre el análisis económico del derecho como principal factor externo en la formación del Derecho de Sociedades contemporáneo, véase EMBID (2013), pp. 41-97.

³⁸ IBARRA (2010), p. 2; ABRIANI (2008), pp. 46-47; GIGGLBERGER (2010), p. 49; BONILLA (2008), p. 3.

³⁹ FERNÁNDEZ VÁSQUEZ (2009), p. 10.

⁴⁰ BONILLA (2008), pp. 18-25; SACRISTÁN (1991), pp. 493-494.

⁴¹ En los artículos 834 al 896 nuevos del *Código Civil* del principado se recogieron casi íntegramente las ideas del jurista austríaco Oskar Pisko, quien en el año 1910 había planteado en un proyecto de su autoría la conveniencia de crear una figura que permitiese acotar la responsabilidad patrimonial del empresario individual.

En Francia, al igual que en los países europeos inspirados en su legislación (como Bélgica, Luxemburgo, Suiza, entre otros), la unipersonalidad –considerada tradicionalmente como una causal de disolución de pleno derecho de la sociedad, incluida la de capital– comenzó a ser aceptada a partir de la modificación del art. 1844.5 del *Code Civil*, que acogió la unipersonalidad sobrevenida en la sociedad anónima de manera temporal, cuando el número de socios caía por debajo del número mínimo legal. En el caso de la sociedad anónima, la disolución judicial se mantuvo cuando el número de accionistas caía por debajo de siete por más de un año, ampliable en seis meses (art. L225-247 del *CCo.*)⁴². Seguidamente, aun cuando la legislación francesa ha sido a lo largo de su tradición apegada a la concepción contractualista de la sociedad y a su carácter plurilateral, gestó los orígenes mediatos de la sociedad unipersonal a partir del proyecto de empresa personal de responsabilidad limitada presentado por Claude Champaud en 1978. Ello sirvió como importante antecedente doctrinal para que, años más tarde, a través de la ley N° 85-697 de 1985, se optara, finalmente, por la sociedad unipersonal originaria. Como consecuencia, en el nuevo *Código de Comercio* francés, la sociedad de responsabilidad limitada (art. L. 223-1) puede ser creada por una persona (*associé unique*); asimismo, el régimen de SAS permite que este tipo societario se cree con un solo socio constituyente (art. L 227 -1, parr. 1° del *Cód. Com.*)⁴³.

Otros países siguieron el mismo camino. En España, aunque el concepto de sociedad que expresa el artículo 116 del *Código de Comercio* y el artículo 1665 del *Código Civil* no admitía la posibilidad de sociedades de un único socio, el Tribunal Supremo (STS 19-4-1960) y la Dirección General de Registros (Res. 13 y 14 de noviembre de 1985) ya revelaban su inclinación favorable a la unipersonalidad, lo que reconocieron *ex leges*, pero de manera expresa, a través de la resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 1990⁴⁴. Según argumenta la resolución, en las sociedades capitalistas, el contrato tiene un carácter meramente organizativo e independiente de la personalidad de sus socios, por lo que la situación de unipersonalidad no es contradictoria con la esencia de la personalidad jurídica ni con el principio de limitación de la responsabilidad. Con posterioridad, el legislador prefirió separarse de los objetivos originarios ofrecidos por la directiva comunitaria, y a través del texto de la ley 2/1995, del 23 de marzo, incorporó la 12ª directiva del Consejo de la CEE (89/667/CEE del 21 de diciembre de 1989), admitiendo el ingreso de la sociedad unipersonal en su sistema jurídico, no sólo como fuente de solución a la problemática de las pequeñas

⁴² Sobre esta materia véase JEQUIER (2011).

⁴³ OVIEDO (2011), p. 14; DE CARLOS (2012), pp. 77-78.

⁴⁴ De MIRANDA (2004).

y medianas empresas sino como iniciativa de grandes dimensiones. En la actualidad, el art. 12 de Ley de Sociedades de Capital (RDL 1/2010) recoge expresamente la figura unipersonal en su forma originaria o sobrevenida, tanto en la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada como anónima, exigiendo la constancia de tal circunstancia en la denominación social y en el Registro Mercantil. En cuanto al régimen de funcionamiento de la sociedad unipersonal, el socio único ejercerá las competencias de la junta general y sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad⁴⁵.

También en Italia, donde mediante decreto legislativo N° 88 de 3 de marzo de 1993 se han reformado algunos artículos del *Código Civil* de 1942, la sociedad ha dejado de ser considerada necesariamente de naturaleza contractual. El nuevo artículo 2475 de este *Código* permite la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada por acto unilateral ante notario⁴⁶. Un ejemplo de estos cambios también se aprecia en la legislación inglesa, a través de la Companies Regulations Act de 1992 que, por transposición de la directiva 89/667/CEE⁴⁷ autoriza a constituir y mantener una sociedad con un solo socio en las denominadas Limited Private Companies, exigiendo en cambio el requisito de la pluralidad fundacional en las *Public Companies* y en las *Unlimited Private Companies*⁴⁸. Por su parte, en el Derecho estadounidense de mediados del siglo pasado, la cuestión de la unipersonalidad societaria adquirió sus propios contornos en la medida que las prácticas societarias estadounidenses se fueron caracterizando por una cada vez mayor irrelevancia del requisito de pluralidad constitutiva. La unipersonalidad se admite desde la década de 1960 mediante la Ley Modelo de Sociedades Comerciales que, pau-

121

⁴⁵ DE CARLOS (2012), p. 79.

⁴⁶ Un antecedente relevante de varias de estas reformas lo constituye el trabajo de la Comisión de Comunidades Europeas que, basado en el Tratado de Roma, presentó en el año 1988 al Consejo de las Comunidades una propuesta de la XII directiva en materia de Derecho Societario, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada con un solo socio. El texto definitivo de la directiva 89/667/CEE, de fecha 21 de diciembre de 1989, introduce la unipersonalidad para los supuestos de SRL, tanto desde su constitución como sobrevenida.

⁴⁷ En su considerando sexto se dispone: "(...) la Directiva deja amplio margen a los Estados miembros para que utilicen la misma figura unipersonal en otros ámbitos societarios distintos (...). También se reconocen las dos formas de unipersonalidad societaria, originaria y sobrevenida".

⁴⁸ Fue el célebre caso *Salomon v. Salomon and Co. Ltd.* de 1897, fallo de la Cámara de los Lores, en su calidad de último tribunal de apelaciones, el que estableció la doctrina según la cual posteriormente, en Estados Unidos e Inglaterra, se basó el reconocimiento de las "*one man companies*". ROZANSKI (2002), p. 18.

latinamente y con ciertas modificaciones, ha venido siendo adoptada en cada uno de los Estados federales estadounidenses⁴⁹. Sobre la base de ello, dependiendo de la legislación de cada Estado, existe una mayor distinción entre la sociedad de capital pluripersonal o la que se constituye o deviene en unipersonal, sirviendo ambos tipos por igual de cara a un mismo fin de organización de empresas.

Por su parte, en Japón las sociedades se denominan Gomei-Kaisha, Goski-Kaisha, Kabushiki- Kaisha y Yugen- Kaisha (art. 53 capítulo 1, del *Cód. Com. SRL*, art. 1). Antes de la enmienda del *Código de Comercio* de 1938 se exigían más de siete fundadores para constituir una Kabushiki-Kaisha, pero la pluralidad de socios no era causa de disolución en la Gomey-Kaisha, Goski-Kaisha y Yugen-Kaisha (sociedades que pueden tener un solo socio). Actualmente, la ley reconoce la one man company, ya sea que se haya llegado a la unipersonalidad accidental o intencionalmente⁵⁰.

Si considero lo anterior, todo parece indicar que en Latinoamérica, el reconocimiento de la unipersonalidad societaria no ha evolucionado lo suficiente. En Argentina, por ejemplo, el artículo 1° de la ley N° 19.550 establece que habrá sociedad comercial “cuando dos o más personas” en forma organizada y de acuerdo con uno de los tipos previstos, se asocien para la producción o intercambio de bienes y servicios, participando de las ganancias y, en su caso, soportando las pérdidas⁵¹. Las excepciones estarían dadas por el art. 94 de esta ley en cuanto brinda la posibilidad de recomponer la pluralidad societaria en un lapso de tres meses, pero haciendo responsable ilimitada y solidariamente al socio único durante ese período, y el caso de las sociedades del Estado (ley N° 20.705/1974), que admite que las mismas sean unipersonales, rigiéndose por las normas de la anónima en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de dicha ley.

En la legislación peruana el escenario es similar, ya que la sociedad nace con al menos dos socios y se permite la unipersonalidad, pero sólo cuando ésta es derivativa, debiendo restablecer la pluralidad de socios en un plazo perentorio de seis meses, bajo sanción de tener por disuelta la sociedad de pleno derecho (art. 4 de la Ley de Sociedades peruana)⁵².

En Brasil, el art. 80 de la ley N° 6.404 del 15 de diciembre de 1976, sobre Sociedades Anónimas, exige para su constitución por lo menos dos personas y el art. 206 agrega que la sociedad se disuelve:

⁴⁹ BONILLA (2008), p. 6.

⁵⁰ También la jurisprudencia reconoció que las sociedades no se disuelven por devenir unipersonales (v. Supreme Court, decision 3/9/1972, Hara Case, Nagoya Supreme Court, decision 12/2/1967 Record # 663, p. 88, Osaka District Court, decision 3/18/1969 Weekly Finance Co. Incidence Record # 167, p 18). Véase ROZANSKI (2002), p. 21.

⁵¹ Véase PARDINI (2012), pp. 65-66.

⁵² FERNÁNDEZ VÁSQUEZ (2009), p. 6.

“por existencia de un único accionista verificado en la asamblea general ordinaria, si el mínimo de dos no fuere reconstruido dentro del año siguiente sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 251”.

Dicho precepto, al tratar la figura subsidiaria integral (*wholly owned subsidiary*), admite la constitución mediante escritura pública, teniendo como único accionista la sociedad brasileña. Se trata de una excepción, pues el *Código* reitera la necesidad de la pluralidad al regular las disposiciones generales de las sociedades (art. 981 del *CC*), en las de personas (art. 997 del *CC*), de responsabilidad limitada (art. 1052 del *CC*), de capital e industria (art. 1088 del *CC*), las colectivas (art. 1039 del *CC*), las en comandita (art. 1045 del *CC*) y el art. 1033, a propósito de las causales de disolución⁵³.

El *Código Civil* paraguayo preceptúa el instituto de la sociedad sin diferenciar entre civiles y comerciales. Dentro del capítulo que regula la validez y existencia de la sociedad, el art. 959 dispone:

“por el contrato de sociedad dos o más personas, creando un sujeto de derecho, se obligan a realizar aportes para producir bienes o servicios, en forma organizada, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”,

a su vez, el art. 967 inc. 1º dispone: “las sociedades adquieren la personalidad jurídica desde su inscripción en el registro correspondiente” y, finalmente, el art. 1003 dentro del capítulo de disolución de la sociedad establece que ésta se extingue: “e) si fuere de dos personas, por muerte de una de ellas”⁵⁴.

Por su parte, el artículo 1º de la ley N° 16.060, sobre Sociedades Comerciales de Uruguay dispone:

“Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, físicas o jurídicas se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca”,

y el artículo 159, al establecer las causales de disolución de la misma, señala “8) Por reducción a uno del número de socios según se dispone en el artículo 156”. En el Derecho mexicano, el requisito de la pluralidad es esencial en la etapa constitutiva, y natural en la de funcionamiento de la sociedad. Normalmente, la presencia de un solo socio acarrea la disolución y liquidación

⁵³ *Código Civil* de Brasil, actualizado a 2010.

⁵⁴ ROZANSKI (2002), pp. 21-22.

del ente, según se desprende del *Código Civil* en sus artículos 2691 y 2692, y Ley de Sociedades Mercantiles (arts. 2, 6, 25, 51, 58, 87, 89, 207, 213, 229)⁵⁵.

Se apartan de esta situación, Colombia y Chile. En el primer caso, si bien la sociedad es definida como un contrato, su naturaleza contractual ya no es un dogma irrefutable⁵⁶. Así, mediante la ley N° 222 de 1995 se creó la empresa unipersonal de responsabilidad limitada (vigente a partir del 21 de junio de 1996), que introdujo reformas al *Código de Comercio*, en materia societaria⁵⁷. De forma posterior, en la ley N° 1014, de 26 de enero de 2006, denominada Ley de Emprendimiento Empresarial se consagra la posibilidad de constituir, observando las normas de la empresa unipersonal, sociedades comerciales de cualquier tipo o especie, siempre que al momento de su constitución cuenten con diez o menos trabajadores o con activos totales, excluida la vivienda, por valor inferior a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes⁵⁸. De esta forma, el legislador, dentro de su ámbito de competencias, optó por permitir que la sociedad se pueda constituir no sólo mediante un contrato como ya lo establecía el libro segundo del *Código de Comercio* sino, también, por medio de una declaración unilateral de voluntad privada. Luego, por medio del decreto N° 4.463 de 2006 se reglamenta el artículo 22 de la ley N° 1.014 de 2006, que pretendió despejar las posibles dudas que pudieran llegar a existir sobre el tenor del artículo legal, al sostener de manera contundente en el artículo 1°: “podrán constituirse sociedades comerciales unipersonales...”, aclarando en cuanto a la formalidad constitutiva que: “dichas sociedades, podrán constituirse por documento privado...”⁵⁹. De este modo, la ley N° 1.014 de 2006 permitía la posibilidad de crear empresas unipersonales de tipo colectivo, de responsabilidad limitada y anónima, pero su aplicación era restringida en términos de planta de personal y valor máximo de activos. Más allá de ello, e inspirándose en la SAS francesa, en el año 2008 fue sancionada la ley N° 1.258 por medio de la cual se creó la sociedad por acciones simplificadas, la que podía ser constituida por una persona natural o jurídica, y creada, por tanto, mediante acto unilateral⁶⁰. Esta norma surge como una nueva estructura societaria en Colombia, que se puede caracterizar como híbrida, en tanto recoge la libertad contractual de las sociedades de personas, con la limitación de responsabilidad de las de capitales⁶¹.

⁵⁵ Según reforma publicada el 15 de diciembre de 2011.

⁵⁶ ARCILA (2011), p. 137; ESPINOSA (2011), p. 252.

⁵⁷ ROZANSKI (2002), p. 22.

⁵⁸ ESPINOSA (2011), p. 258.

⁵⁹ BONILLA (2008), p. 12.

⁶⁰ MORGESTEIN (2011), p. 6.

⁶¹ ESPINOSA (2011), p. 264.

En Chile, fue la empresa individual de responsabilidad limitada el primer acercamiento hacia la unipersonalidad originaria, creada bajo la ley N° 19.857 (*Diario Oficial* de 11 de febrero de 2003), que autoriza el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada⁶². El citado cuerpo normativo posibilita a las personas naturales constituirse como una empresa y gozar de personalidad jurídica, sin tener que formar una sociedad. El fundamento de esta figura jurídica se basa en gran medida en la protección del patrimonio personal de los empresarios individuales, incentivando con ello la inversión⁶³. Dicho cuerpo normativo, opta por concederle personalidad jurídica a un capital o patrimonio en cuanto tal, que estará afecto a un fin predeterminado⁶⁴, bajo la técnica del patrimonio de afectación. Frente a ello, la EIRL configura una figura especialísima, ajena a toda forma conocida del Derecho chileno de sociedades, y es entendida como una persona jurídica *sui generis*. La EIRL sólo pretendía limitar la responsabilidad al patrimonio afecto, mas no –como se hace en las legislaciones que regulan la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada– dotar a la empresa de una estructura organizativa. El legislador recogió como centro de imputación normativa de esta nueva figura, un concepto que se encuentra apenas mencionado en el Derecho Mercantil y de Sociedades chileno como es el de “empresa”, carente, por lo mismo, de contenido definido y de regulación sistemática. En la actualidad, es preciso discutir su auténtica naturaleza (societaria)⁶⁵ si considero que la razón por la cual no se le denominó como tal en su momento residía en la negación de la unipersonalidad atendida la naturaleza contractual recogida en el art. 2053 del *Código Civil*, y hoy tal cuestionamiento parece encontrarse superado.

Este giro surgió cuatro años más tarde, a partir de la ley N° 20.190⁶⁶, que dio origen a la denominada sociedad por acciones, regulada en los arts. 424 al 446 del *CCo*⁶⁷. En lo que aquí concierne, el nuevo art. 424 del *CCo*,

⁶² TRONCOSO (2005), p. 24.

⁶³ CONTRERAS (2011), p. 209.

⁶⁴ Tanto la EIRL de la ley N° 19.857, como las fundaciones reguladas en el título XIII, del libro I del *CC* (art. 545 y ss.), parecen reconocer y compartir en su origen un acto volitivo de al menos una persona que destina un determinado patrimonio a un fin preestablecido, de connotación mercantil formalizada en el caso de la EIRL o con vocación desinteresada y sin fines de lucro en el caso de la fundación. A diferencia de lo que ocurre entonces con la EIRL en la ley chilena, donde lo que se personifica es el patrimonio destinado a un fin de carácter mercantil, en las fundaciones el patrimonio dotacional no es el destinatario y portador de la personalidad jurídica que se concede por el Estado, de la que no es sujeto sino objeto de derecho. La opción del legislador chileno, de personificar un patrimonio bajo la denominación de EIRL, genera roces dogmáticos que, en cambio, no presenta la figura unipersonal de la sociedad de capital. Sobre el tema, véase JEQUIER (2011).

⁶⁵ En detalle, véase VÁSQUEZ (2013), pp. 115-136.

⁶⁶ *Diario Oficial*, de 5 de junio de 2007, artículo 17 letras b) y c).

⁶⁷ Para un análisis detallado de esta figura, véase VÁSQUEZ (2013), pp. 458-494.

consagra finalmente la figura originaria de la sociedad de capital unipersonal en el Derecho de Sociedades chileno⁶⁸ (que convive con la EIRL⁶⁹) en cuanto mecanismo alternativo de limitación de la responsabilidad del empresario individual⁷⁰. La ley en comento toma algunos postulados de las legislaciones precedentes, principalmente se advierte la cercanía con las LLC introducidas en Estados Unidos en el año 1977 y de la SAS⁷¹ o la SASU, con un solo accionista que existe en Francia desde 1994⁷². Su fundamento fue⁷³ brindar mayor flexibilidad a la forma societaria en la industria de los capitales en riesgo, muchas veces suplidas por artificiosos mecanismos legales que buscaban superar dichas dificultades por medio de pactos privados paralelos a la estructura estatutaria, con la consecuente pérdida de transparencia y aumento de los costos. De manera adicional, se consideró el hecho que la sociedad anónima cerrada respondía a ciertos principios de protección de minoritarios que no la hacían adecuada a esta industria y, a su vez, la de personas imponía altos costos de transacción y una lógica no orientada al movimiento fluido de capital⁷⁴. De la mano de lo anterior, se refuerza en este tipo social el predominio de la autonomía de la voluntad y su carácter contractual⁷⁵, esto se debe a que son mínimas las exigencias con carácter obligatorio establecidas por el legislador para la formación y funcionamiento de este tipo social, lo que en definitiva posiciona a la SpA, como una mejor opción en relación con otro tipo de sociedad, todo esto, basado principalmente en las nuevas necesidades del mercado en cuanto a su agilidad y dinamismo⁷⁶.

⁶⁸ Es preciso considerar que la figura derivativa no se admite de manera general. Así, por ejemplo, la sociedad anónima deberá disolverse si se reúnen las acciones en manos de una sola persona (art. 110 de la LSA).

⁶⁹ LARA (2008), p. 125.

⁷⁰ En el proyecto de la ley se aludía a la sociedad de responsabilidad limitada por acciones, sin embargo, luego de la tramitación en el Congreso éste sufrió variadas transformaciones, pasando a denominarse de la forma actual.

⁷¹ Véase REYES (2009).

⁷² Con justa razón, Andrés Jara Baader señala que la SpA chilena no es novedosa, sino un mero compendio de proyectos legislativos foráneos, reducidos y sistematizados. JARA (2007), pp. 382-383.

⁷³ Los objetivos principales de la ley, de acuerdo con su historia fidedigna, se pueden agrupar en los siguientes: a. Fomentar el desarrollo de la industria de capital de riesgo, introduciendo para ello ciertos beneficios tributarios al capital; b. fortalecer la seguridad en el mercado de valores y c. promover la integración y desarrollo del mercado financiero. Véase www.bcn.cl. [Fecha de consulta: 15 de julio de 2013].

⁷⁴ Véase Informe de la Comisión de Hacienda en la tramitación del proyecto de ley.

⁷⁵ Véase PUGA (2011), pp. 716-717; HAMILTON (2000), pp. 24-25; JARA (2007), p. 382.

⁷⁶ Sobre la base de ello, a esta sociedad se le ha denominado como un nuevo “producto financiero”, pues sus acciones deberán leerse no como un título autónomo regido esencialmente por la ley, como ocurre con las acciones de las sociedades anónimas, sino

Se aprecia, entonces, cómo, en la medida que la noción de sociedad ha dejado de ser entendida en términos exclusivamente contractuales y comenzó a serlo como una forma legal de organización de empresas, el axioma de la pluralidad perdió sustento⁷⁷. Desde esta perspectiva, se enaltecen las ventajas de la sociedad unipersonal, en tanto permite al pequeño empresario concurrir al mercado en igualdad de condiciones que las pluripersonales. Por otra parte, este tipo facilita la conservación de la empresa, más allá de la vida del socio único; simplifica el proceso hereditario; permite y autonomiza jurídicamente unidades empresariales facilitando su transmisión; y ofrece la posibilidad de reorganizar las empresas en el seno de los grupos de sociedades, entre otras ventajas⁷⁸. Desde esta óptica, si bien en la actualidad se acepta en uno o más tipos particulares, la pregunta que surge es, ¿por qué no admitirla desde una perspectiva más amplia?, esto es, ¿por qué no pensar en su extrapolación a otros tipos societarios?

De la mano de lo anterior, debemos considerar que, aunque la unipersonalidad se acomoda bastante bien en las sociedades de capital, pues el elemento imprescindible para su nacimiento es la concentración de capital, ello no obsta pensar en esta posibilidad respecto de las sociedades de personas, sobre todo si consideramos la transferencia subjetiva de obligaciones intersociales, de manera tal que resultaría atendible la unipersonalidad si al tiempo de la disminución del número de socios, permanecen carentes de cumplimiento las obligaciones de aquél que se retira, ya que éstas podrían ser transferidas al único socio que queda. Éste, por cierto, tiene el deber de cumplimiento, bajo pena de recaer en mora con la sociedad o con terceros, conforme el caso⁷⁹.

Llegados a este punto, la pregunta que inicialmente formulara, esto es, si la sociedad requiere de modo necesario de dos o más personas para configurarse, debe ser respondida en términos negativos. A partir de ello, en la actualidad la noción societaria no puede concebirse desde una perspectiva sólo contractual, su elemento subjetivo reside en la manifestación de la voluntad de una o más personas en orden a constituir un determinado tipo social y no necesariamente en un acuerdo de voluntades. Como corolario de este principio, las sociedades obligatorias o necesarias no debieran ser reconocidas, pues tal terminología –además de ser inexacta– es contradictoria con los ejes basales de esta institución⁸⁰. Esto nos lleva

como un título cuyo contenido y valor dependerá principalmente de lo previsto en el estatuto de la sociedad. Véase PUGA (2011), p. 717; VÁSQUEZ (2013), p. 458 y ss.

⁷⁷ En el mismo sentido, ARCILA (2011), p. 139.

⁷⁸ De MIRANDA (2004).

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ En Chile, el elemento personal es relevante además, en función de los requisitos que establecen ciertas sociedades para su constitución: por ejemplo, la sociedad de

a un nuevo entendimiento de la institución societaria lo que nos obliga a reformular el artículo 2053 del Código Civil o, bien, a restar importancia al mismo como un eje estructural de la institución societaria.

2. Elemento patrimonial

En este punto se precisa cuestionar la función de este elemento en relación con las sociedades. En otras palabras, se debe dilucidar si se precisan aportes de los socios para dar vida a la sociedad y, si es así, de qué tipo⁸¹.

Este elemento se vincula al objeto del contrato social y la promoción del fin común⁸², de manera tal que las aportaciones sociales serían las prestaciones a que los socios se comprometen para el logro de tal fin. La obligación de aportar constituiría el presupuesto jurídico fundamental de la condición de socio, puesto que ésta se adquiere en la medida que aquél asume dicha obligación. Desde esta perspectiva, aportante y socio serían términos sinónimos⁸³, donde el objeto de la prestación constituye un elemento principal del contrato que la origina⁸⁴. El aporte sería un requisito no sólo en relación con un determinado socio sino de todos ellos, en la medida que cada uno debe estar de acuerdo con el aporte de los demás⁸⁵; se caracteriza porque, a diferencia de otras prestaciones que puede realizar el socio a favor de la sociedad, integra el capital social por lo que entre ambos emerge una íntima relación⁸⁶.

La razón de su exigencia, en cuanto requisito esencial de la sociedad, suele explicarse desde la vertiente contractual ligado a un criterio funcional. En tal sentido se señala que el conjunto de aportes que forma y nutre el capital social constituiría una garantía hacia los acreedores en un doble sentido: en cuanto brinda una mayor seguridad de cumplimiento de las obligaciones contraídas con los acreedores, y porque reduce el riesgo moral resultante de la limitación de responsabilidad de los socios⁸⁷. Desde esta óptica se ha desarrollado la doctrina de la infracapitalización o subcapitalización de la sociedad, como fenómeno generador de responsabilidad, encuadrable en el abuso subjetivo de derecho⁸⁸. Ella postula la existencia

responsabilidad limitada sólo puede tener hasta cincuenta socios; por su parte, el número de socios es crucial para calificar a una sociedad anónima abierta o cerrada.

⁸¹ GARCÍA (2010), pp. 253-348; SÁNCHEZ (2012), p. 107 y ss.

⁸² PAZ ARES (2006), p. 508.

⁸³ FERNÁNDEZ (2012), pp. 103-104.

⁸⁴ GALLEGO (2011), pp. 83-84.

⁸⁵ GARCÍA (2010), pp. 263-264.

⁸⁶ FERNÁNDEZ (2012), p. 104.

⁸⁷ SILVEYRA (2006), pp. 5-8.

⁸⁸ GARCÍA (2010), p. 318.

implícita en el ordenamiento de un principio de adecuación entre capital y objeto social, de manera tal que no podría autorizarse el funcionamiento de aquellas sociedades que no cuenten con un capital apropiado al objeto social o, en su defecto, responsabilice directamente a socios y directores por deudas de sociales, una vez que la empresa está funcionando⁸⁹.

Siguiendo este hilo conductor, junto a los principios de determinación, correspondencia, estabilidad y cuantía mínima del capital, se agrega el principio de adecuación entre el capital y el objeto social o la actividad. Sobre la base de éste articula una responsabilidad de los socios por las deudas sociales en los supuestos de manifiesta infracapitalización. En esta línea de pensamiento, si el capital social sustituye la responsabilidad ilimitada de los socios, la insuficiencia de capital debería afectar el régimen de responsabilidad, de manera tal que la consecuencia que se derivaría de la infracapitalización sería la pérdida de la limitación de la responsabilidad por parte de los socios⁹⁰. Así, en los casos de infracapitalización material, el socio debería responder ilimitadamente de las deudas sociales; mientras que en los supuestos de infracapitalización nominal⁹¹, el socio respondería ilimitadamente⁹², con los fondos con los que financió de forma inadecuada a la sociedad⁹³.

Con mayor prolijidad se ha distinguido la variante en la cual los socios financian adecuadamente a la sociedad en lo que se refiere a la cuantía, pero lo hacen de forma impropia, ya que los recursos se incorporan como préstamos u operaciones análogas, en vez de aportaciones al capital social. Se diferencia así la infracapitalización material (falta de recursos económicos propios y ajenos para la actividad que se pretende desarrollar) de la infracapitalización formal (presencia de recursos económicos, pero que han sido ingresados a la sociedad como préstamos de los socios). La falta de capital propio, sustituido por el financiamiento externo, traslada una porción directamente proporcional del riesgo hacia los acreedores⁹⁴.

⁸⁹ STORDEUR (2007), p. 1.

⁹⁰ Esto trae como consecuencia el principio de limitación de responsabilidad que ha sido objeto de serios embates en el mundo entero desde principios de la segunda mitad del siglo XX. SEQUEIRA (2011), p. 191.

⁹¹ Sobre el tema, véase PUGA (2011).

⁹² La doctrina alemana sugiere, en cambio, que debe responsabilizarse a los administradores en la medida que hubieren realizado actividades para las cuales la sociedad no cuenta con el patrimonio suficiente. En Argentina las autoridades administrativas competentes (las autoridades de contralor y, en específico, la Inspección General de Justicia) pueden realizar un control exhaustivo en el que se mide de manera estricta la adecuada correspondencia entre el capital y el objeto social de cada nueva SA. Véase GARCÍA (2010), p. 320.

⁹³ ESPÍN (2011), pp. 499-500.

⁹⁴ BARRAU (2007), pp. 91-92.

La capitalización sería, en verdad, una medida de protección a los acreedores, sobre esa base los sistemas normativos buscan proveer diferentes fórmulas. Las medidas son básicamente de dos tipos:

- atender a la formación de un patrimonio social efectivo en la sociedad que pueda funcionar como patrimonio de responsabilidad⁹⁵ y
- las que se refieren al mantenimiento de ese patrimonio de responsabilidad a lo largo de la vida social.

A ello se agrega la limitación de distribuciones a los socios por parte de la sociedad durante el transcurso de la vida social y la responsabilidad de los administradores sociales⁹⁶.

Hasta aquí vemos cómo el fundamento del capital social reside en servir de garantía a los acreedores, lo que nos invita a reflexionar sobre la veracidad de la citada afirmación. Si considero que éste está formado por un conjunto de aportes que los socios realizan a la sociedad tanto en el momento de su constitución como posteriormente (por ejemplo, a partir de un aumento de capital social), y que el patrimonio está formado por el conjunto de bienes que una sociedad tiene en un momento determinado⁹⁷, concluimos que este último ofrece mejores supuestos de protección, toda vez que el capital social no es más que una cifra estética, inamovible que se visualiza en los estatutos sociales; mientras que el patrimonio social varía constantemente, de manera que representa una categoría económica⁹⁸ que

130

⁹⁵ Legislaciones como el art. 622 del *Código de las Obligaciones* suizo; el *Código Civil* italiano de 1942; el real decreto 1.084 del 5 de junio de 1991 sobre Sociedades Anónimas Deportivas de España; la ley mexicana de 1936 y la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 de Argentina y las leyes de algunos estados de Estados Unidos, han recurrido al expediente de fijar por ley un capital mínimo para las sociedades anónimas, en vista de la función de garantía para los acreedores sociales que tiene dicho capital como contrapartida a la irresponsabilidad civil de los accionistas. En las sociedades anónimas cerradas (*private companies*) en el Reino Unido no existen mínimos de capital; no así en las anónimas abiertas (PLC), donde siguiendo la segunda directiva de la Comunidad Europea que propuso a los Estados-miembros un capital mínimo de 25.000 ecus, Gran Bretaña tradujo eso en el art. 118 de las Companies Act de 1985, que fijó dicho mínimo en cincuenta mil libras esterlinas y además concede al secretario de Estado el poder de incrementar ese mínimo para compañías determinadas. La ley exige que al menos un cuarto del capital mínimo se entere al constituirse la sociedad. Sobre esta materia, véase ESPÍN (2011), p. 499.

⁹⁶ Las miradas de los estudiosos y de los reformadores del Derecho de Sociedades, se han vuelto hacia el ordenamiento estadounidense, donde en algunas legislaciones se ha abandonado la técnica del capital legal en relación con el control de las distribuciones –como ha sucedido con el *California Corporation Code* desde 1975 o la RMBCA desde 1984– o se ha dulcificado significativamente Delawere, Nueva York. Véase VELASCO (2011), pp. 171-183.

⁹⁷ BROSETA (2010), p. 232.

⁹⁸ STORDEUR (2007), p. 3.

se desprende de un conjunto de operaciones económicas⁹⁹ que resultan de la gestión administrativa¹⁰⁰. En este entendido, en la práctica es el patrimonio la cifra que verdaderamente garantiza el cumplimiento de las acreencias¹⁰¹.

El capital carece de medidas consistentemente proteccionistas, toda vez que la entrega del aporte corresponde a los socios y es la sociedad la única habilitada para su exigencia, a ello se suma que los requerimientos de capitales mínimos importan en muchos casos una discriminación para el pequeño o mediano empresario, que puede abrigar un gran proyecto, pero que se ve obligado a asumirlo arriesgando todo su patrimonio, por no tener los capitales mínimos adecuados al objeto¹⁰². La exigencia de capital es, en realidad, una restricción al vaciamiento de la sociedad, en la medida que los accionistas no pueden disminuirla sin reforma estatutaria. Rigidizar todo esto por una garantía formal de un capital proporcionado a la magnitud del emprendimiento sólo puede llevar a falsas sensaciones de seguridad, pues lo que de verdad podría reflejar la situación patrimonial de una sociedad sería, en alguna medida, su balance.

El régimen del capital social, en un sentido estricto, no podría estar destinado a hacer justicia a la concesión de la “limitación de responsabilidad”, sino tan sólo a facilitar y a reducir los costos de organización de las relaciones contractuales. En otras palabras, este capital no debiera entenderse como una contrapartida que viene exigida *ex lege* para conceder el privilegio de la limitación de responsabilidad, sino en todo caso, como un contrapeso que, en última instancia, deberá ser establecido por los socios en la medida que estimen más adecuado para facilitar la organización contractual de la empresa y optimizar la utilidad de los recursos imputados a ella¹⁰³. Además, la omisión de un deber de capitalización de las sociedades no impide que la insuficiencia de capital pueda responsabilizar personalmente a los socios a partir de la técnica del levantamiento del velo que se sustenta en una serie de normas generales y principios jurídicos recogidos en cada ordenamiento, como son el fraude de la ley, la buena fe, el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo¹⁰⁴.

⁹⁹ BARRAU (2007), p. 88.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ (2012), p. 208.

¹⁰¹ BARRAU (2007), p. 89.

¹⁰² En el caso de Estados Unidos, desde hace veinticinco años a esta fecha casi todos los Estados han abolido las exigencias de capitales mínimos, en base a la teoría de Hamilton “de que cualquier capitalización mínima es arbitraria y no provee una significativa protección a los acreedores”. El mayor problema con estas reglas de capitales mínimos es que no consideran las necesidades específicas de capital para un negocio particular. Sobre el tema, véase PUGA (2011), p. 124.

¹⁰³ SILVEYRA (2006), pp. 13-14.

¹⁰⁴ ESPÍN (2011), pp. 501-502.

A partir de lo anterior, podría pensarse que el debate sobre el patrimonio social separado y autónomo nada tiene que ver con la caracterización conceptual de la figura societaria. Su relevancia se manifiesta sólo en el plano de la personificación y de la proyección externa de la sociedad. Lo relevante para que exista sociedad es que los socios colaboren patrimonialmente en la consecución del fin¹⁰⁵.

Siguiendo este orden de ideas, el Informe Winter¹⁰⁶ reconoce las carencias del modelo continental relativas a la integridad del capital social para asegurar la debida protección de los acreedores sociales, de los accionistas y, en última instancia, del sistema económico y financiero. La evidencia empírica demuestra que mantener una cifra de capital social no garantiza la capacidad de la empresa para pagar sus deudas en ciertas situaciones, no existe protección frente a la distribución de activos o cuando existen pérdidas, entre otros¹⁰⁷. Lo anterior, debiera provocar cambios en aquellas legislaciones donde se exige una suma inicial para conformar el capital social.

En nuestra legislación, aun cuando existe un deber general de aportar a la sociedad (arts. 2.053 y 2.055 del CC¹⁰⁸) lo que se recoge en los estatutos¹⁰⁹,

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ DE LA GANDARA (2010), p. 39.

¹⁰⁶ Este informe fue efectuado por una comisión de expertos designada por la Comisión Europea para la Reforma y Modernización del Derecho Societario en Europa. Conocido como Informe Winter en honor del presidente de dicha comisión de expertos, el holandés Jaap Winter. Sobre el tema, véase AZOFRA, (2003), pp. 34-35.

¹⁰⁷ Sobre esa base, el Informe propone una reforma en el Derecho europeo que se debería realizar en dos fases, en la primera se modernizaría el régimen actual suprimiendo ciertas exigencias formales que aumentan el costo de capital para las sociedades sin añadir ventajas de protección de accionistas o acreedores, admitiendo la posibilidad de emitir acciones sin valor nominal o «*no par value shares*»; y, posteriormente, una segunda fase, donde se discuta la posibilidad que los Estados miembros introduzcan un régimen alternativo en el que se prescindiera del concepto de capital social. En tal sentido, la tendencia se encamina a reconocer las acciones sin valor nominal, y admitir que el verdadero seguro a los acreedores lo proporciona la función dinámica del patrimonio en actitud de capacidad productiva. BARRAU (2007), p. 88-89.

¹⁰⁸ El primero de ellos dispone que en la sociedad “Dos o más personas estipulan poner algo en común...”. Por su parte, la segunda disposición señala “No hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero”. Al hilo de ello, los arts. 2082 a 2087 del *Código Civil* dan normas generales que se refieren a los aportes.

¹⁰⁹ Así, el N° 5 del art. 4° de la LSA dispone que la escritura de constitución debe indicar “el capital, el número de acciones en que se divide con indicación de sus series y preferencias si los hubiere y si las acciones tienen o no valor nominal; la forma y plazos en que los accionistas deben pagar su aporte, y la indicación y valorización de todo aporte que no consista en dinero”. Esta regla hay que complementarla con el inciso primero del art. 10 de la LSA que nos advierte que “el capital de la sociedad deberá ser fijado de manera precisa en los estatutos y sólo podrá ser aumentado o disminuido por reforma

no tienen cabida las normas específicas sobre protección a la integridad o intangibilidad del capital, pues no se requiere de un capital mínimo como norma general, más allá de algunas excepciones¹¹⁰; la exigencia de tener un porcentaje de capital pagado al inicio de la sociedad; requerimientos de constituir reservas legales aparte de las revalorizaciones; o la disolución y liquidación de la sociedad por la pérdida de un porcentaje significativo de su capital social, entre otras medidas análogas¹¹¹. Ello no implica, sin embargo, que no existan reglas que posean una finalidad análoga¹¹².

de los mismos”, esto es, el capital de una sociedad es una noción jurídica: es el fondo que determinan los estatutos que normalmente difiere del patrimonio efectivo existente conforme a la contabilidad.

¹¹⁰ Así, por ejemplo, los bancos requieren un capital pagado y reservas por un mínimo de 800.000 UF y al momento de otorgarse la escritura social ese capital debe estar pagado en al menos un 50% (art. 50 DFL N° 3). Las empresas aseguradoras deberán tener un capital mínimo al constituirse de 90.000 UF totalmente suscrito y pagado (art. 7° del DFL N° 251). Las Administradoras de Fondos de Inversión regidas por la ley N° 18.815 requieren un capital pagado de al menos el equivalente a 10.000 UF; las Administradoras de Fondos Mutuos regidas por el decreto supremo de Hacienda N° 1019, art. 7°, requieren de un capital mínimo pagado en dinero de 10.000 UF; las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión de Capital Extranjero regidas por la ley N° 18.657 requieren de un capital mínimo pagado en efectivo de 6.000 UF por cada fondo que administre (art. 12). En general, todas estas sociedades deben pagar sus capitales sólo en dinero efectivo.

¹¹¹ Varias de estas reglas existían en Chile antes de la ley N° 18.046, pero fueron suprimidas por ella en razón de que no tenían la funcionalidad deseada. Originalmente la ley N° 18.046 obligaba a suscribir y pagar el 33% del capital o del aumento de capital, pero aun dicha norma fue con posterioridad derogada por la ley N° 19.499.

¹¹² Por ejemplo, en las SA: a) La prohibición por regla general de que la sociedad adquiera acciones de su propia emisión (art. 27 de la LSA); b) La necesidad de expresar el monto del capital en la escritura pública de constitución y en el extracto de la misma que se inscribe en el Registro de Comercio y se publica en el *Diario Oficial* (arts. 4° y 5° de la LSA); c) La prohibición general de distribuir dividendos que no correspondan a utilidades líquidas (art. 78 de la LSA), que no es otra cosa que la prohibición de distribuir a título de beneficios valores representativos del capital; d) Las normas sobre efectividad del capital, esto es, que cuando éste no consta en dinero efectivo sino en otros bienes, deban seguirse reglas más o menos estrictas para su valorización (art. 15 de la LSA); e) La norma que reduce *ipso facto* el capital que no se suscribe y paga dentro de tres años desde su suscripción (art. 24 de la LSA); f) La norma que obliga a que las cantidades percibidas por la sociedad por concepto de primas de emisión que se obtengan por la colocación de acciones deban ser capitalizadas y no puedan ser distribuidas entre los accionistas (art. 26 de la LSA); g) En algunas sociedades anónimas especiales, como las compañías de seguros, los bancos e instituciones financieras, las administradoras de mutuos hipotecarios, las empresas de *leasing* habitacional, las administradoras de fondos de pensiones, las administradoras de fondos de inversión y de fondos mutuos, requieren de un capital pagado mínimo para constituirse y para continuar en marcha; h) La prohibición de emitir acciones de industria y de organización, que tienden a despertar suspicacias en orden al verdadero montante del capital (art. 13 de la LSA); i) La responsabilidad solidaria del gerente y los directores de sociedades anónimas que acepten una forma de

En Chile no se exige el capital social como garantía, sino, más bien, como formalidad. Con todo, si sería posible construir la tesis de la responsabilidad ilimitada y hasta solidaria de los directores de sociedades anónimas y gerentes de una sociedad anónima infracapitalizada, cuando éstos son los obligados a prever algún procedimiento en caso que la insuficiencia de capital haga previsible una cesación de pagos. Asimismo, el principio de buena fe que informa todo nuestro sistema legal podría utilizarse para estos efectos, al posibilitar que una sociedad cuyo capital es insuficiente para cumplir con su objeto fuese considerada nula de objeto ilícito por ser moralmente imposible¹¹³. En este contexto y de manera general, podríamos pensar que la exigencia de aportes de parte de los socios carece de un correlato efectivo y lo que en realidad debieran formularse son reglas más claras de responsabilidad. En otras palabras, la exigencia de aporte no puede ser considerado un elemento esencial a la sociedad. Si el aporte se exige con la idea de generar un vínculo obligacional, tendríamos que recordar que de este acuerdo surgen otras obligaciones, tan o más relevantes que la anterior, como la idea de llevar adelante el fin social, el deber de lealtad y de responder de las deudas sociales de acuerdo con lo señalado en la escritura de constitución o pactos respectivos. En este contexto, la exigencia de “puesta en común” implicaría el sometimiento sin más de todos los socios a un riesgo común. El aporte constituiría un rasgo típico, pero no esencial de un modelo societario, de manera que

pago de las acciones distinta a la prevista en los estatutos por el valor de colocación de dichas acciones (art. 15 de la LSA); j) La prohibición que la LSA establece en orden a que una filial y una coligada no pueden tener participación recíproca en sus capitales, para así evitar que el capital de las matrices o coligantes en el fondo sea engañoso e inefectivo (art. 88 de la LSA); k) La circunstancia de que para disminuir voluntariamente el capital se requiere de junta general extraordinaria de accionistas que la apruebe por $\frac{2}{3}$ de las acciones emitidas con derecho a voto (art. 67 N° 5 de la LSA) y la restricción de que no puede procederse a la devolución del capital o a la adquisición de acciones con que dicha disminución pretenda llevarse a efecto, sino treinta días después de publicado el extracto de modificación en el *Diario Oficial*. Además, se exige que dentro de los diez días de esta misma publicación se haga otra con aviso destacado en un diario de circulación nacional y en el sitio de Internet de la sociedad con el que se informe al público el hecho y monto de dicha descapitalización (art. 28 de la LSA). l) Se suma a ello la necesidad de recabar autorización previa del Servicio de Impuestos Internos para disminuir el capital (art. 69 del *Código Tributario*), aunque esta norma no es exclusiva de las sociedades anónimas. m) El art. 232 inciso segundo del libro IV del *Código de Comercio*, que tipifica como delito la distribución de dividendos que no correspondan a utilidades efectivas, figura que se califica más si de dicha distribución se sigue la quiebra de la sociedad (su insolvencia). Este tipo penal pareciera aplicarse a todos los tipos sociales, pero la verdad es que es exclusivo de las sociedades anónimas y, eventualmente, de las SpA, pues se sanciona la distribución de “dividendos” y a “propuesta del directorio”. Sobre el tema, véase PUGA (2011).

¹¹³ En este sentido, véase PUGA (2011).

recurrir al financiamiento externo podría ser perfectamente posible en su totalidad.

Como vimos, la aportación de los socios no podría ser considerada una exigencia autónoma al interés social. Si lo que se pretende significar es que para la constitución de la sociedad es preciso aportar bienes o derechos reales, habría que necesariamente llegar a la conclusión de que tal requisito no es necesario para el concepto de sociedad, en tanto ella puede constituirse por medio de aportaciones de industria o con aquellas que no generan un fondo real. Finalmente, si se pretende aludir a la idea del patrimonio independiente, entonces vemos cómo el tema se confunde con la personalidad jurídica de la sociedad, en tanto no puede existir sin patrimonio diferenciado, pero en este caso el patrimonio, más que un presupuesto de la sociedad, es una consecuencia de su existencia. No es relevante atribuir al patrimonio común relevancia conceptual, lo importante es que todos los socios colaboren en la realización del fin social, resultando indiferente la naturaleza de los derechos derivados de esta colaboración, éstos debieran apreciarse económicamente¹¹⁴.

En relación con nuestra segunda interrogante (tipos de aportes), debemos recordar que en general se admiten diferentes modalidades, no sólo aquellas cosas susceptibles de radicarse en ellas el derecho de la propiedad sino, también, las facultades o productos de la inteligencia del hombre, sus invenciones y el trabajo de sus manos¹¹⁵. Para la existencia de un aporte válido, debiera cumplirse con los requisitos generales de existencia y validez que establece la obligación común y especial para las obligaciones de que se trate. De este modo, se excluyen aquellas cosas que no existen,

¹¹⁴ El régimen jurídico del aporte se nutre, por un lado, de las normas generales de las obligaciones, por otro, de algunas normas especiales sobre ciertos tipos contractuales. PAZ-ARES (2006), p. 476.

¹¹⁵ Las legislaciones expresan de una forma dispar contenido del aporte. En Nicaragua, por ejemplo, el aporte es en dinero, créditos o efectos, con la expresión del valor que se dé a éstos, o de las bases sobre que haya de hacerse el avalúo (art. 123 del *CCom*); por su parte, el *Código de Comercio* de Panamá, en su art. 257 señala que es de esencia de toda compañía que cada socio aporte alguna parte de capital, sea en dinero, efectos, créditos, industria o trabajo. En Costa Rica se señala que cada socio deberá aportar alguna parte de capital, sea en dinero, bienes muebles o inmuebles, títulos valores, créditos, trabajo personal o conocimientos (art. 29 del *CCom*). En El Salvador, el art. 31 del *Código de Comercio* establece que son admisibles como aportaciones todos los bienes que tengan un valor económico, el cual debe expresarse en moneda nacional. No es lícita la aportación de trabajo en las sociedades de capital. La simple asunción de responsabilidad no es válida como aportación. En México, el *Código de Comercio* del distrito federal, art. 2689: La aportación de los socios puede consistir en una cantidad de dinero u otros bienes, o en su industria. La aportación de bienes implica la transmisión de su dominio a la sociedad, salvo que expresamente se pacte otra cosa.

aunque se espere que existan; las que no tienen un precio determinado o determinable, lo que implica tener un valor de mercado o que al menos sea susceptible de tenerlo; y aquéllas que adolezcan de objeto ilícito, en el que falten trámites o formalidades legales para perfeccionarlos, en que la existencia de la obligación de aportar esté sujeta a una condición suspensiva o en que ésta tenga la calidad de meramente potestativa.

En otras palabras, el objeto de la obligación de aportar puede consistir en cualquier prestación de carácter patrimonial y de interés para la consecución del fin común. La prestación puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer. El hecho que el valor de la prestación realizada o prometida sea más o menos volátil, resulta irrelevante. En tal sentido, pueden serlo la nuda propiedad, la garantía de insolvencia, una lista de clientes o proveedores, el compromiso de no competir con la sociedad o, incluso, una simple renuncia¹¹⁶.

Más allá de ello, los temas que conllevan algún grado de cuestionamiento ligan con la valoración del aporte y su eventual control, y con la posibilidad de efectuar aporte de industria en todos los tipos societarios¹¹⁷. Las legislaciones han resuelto de distinta forma estas materias¹¹⁸. Frente a esto es preciso tener en consideración que, partiendo del reconocimiento de la generalización del recurso en el tráfico a las emisiones de valores con contraprestación no dineraria, el Informe Winter propone mitigar la rigurosidad de la norma que exige la realización de valoraciones periciales independientes en los casos en que existan referencias de valoración claras y confiables (precio de mercado, valoración reciente, cuentas auditadas recientemente, etc.). Incluso, sugiere a la Comisión Europea que revise la prohibición de aportación no dineraria en la forma de servicios¹¹⁹.

En el caso chileno, el capital se puede enterar en dinero o en otros bienes, pero si nada dicen los estatutos, se entiende que el capital se paga

¹¹⁶ PAZ-ARES (2006), p. 508.

¹¹⁷ Sobre esta materia véase: SANÍN (2010), pp. 85-86.

¹¹⁸ Así, por ejemplo, la legislación española, en el caso de las sociedades anónimas, establece un control externo y objetivo sobre la valoración previamente realizada en la escritura por los fundadores, exigiéndose que las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza e importancia económica, sean objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes, designados por el registrador mercantil. En la sociedad de responsabilidad limitada se prescinde del control externo de los expertos independientes, con el afán de reducir los costos. En su lugar se establece un riguroso régimen de responsabilidad por la realidad y valoración de esta clase de aportaciones, que asegure su correcta valoración y que, llegando el caso, a través del ejercicio de las correspondientes acciones de responsabilidad, permita subsanar las consecuencias de una excesiva valoración, haciendo responsables de la realidad y valoración de las aportaciones no dinerarias a los sujetos que las controlan, valoran o simplemente las consienten. FERNÁNDEZ (2012), pp. 107-109.

¹¹⁹ AZOFRA (2003), p. 38.

en dinero. No se podría pagar con otros bienes en caso de existir cláusula expresa en los estatutos (art. 15 de la LSA), sin embargo, la ley no castiga con nulidad las acciones que se paguen con bienes distintos del dinero, la sanción en dicho caso es que los directores y gerentes serán solidariamente responsables del valor de colocación de las acciones pagadas en otra forma, esto es, del perjuicio que sufre el ente o los otros accionistas por esta infracción. Por otra parte, el aporte de industria son admisibles en la generalidad de las sociedades¹²⁰, mas no en las anónimas¹²¹. Son varias las razones por las que se ha negado tradicionalmente esta posibilidad, por un lado, la dificultad de su valoración económica con arreglo a criterios objetivos podría traducirse en una vulneración del principio de realidad que debe presidir cualquier aportación al capital social (dirigido a preservar la efectiva correspondencia del capital real con el nominal); por otro, se ha mantenido siempre que este tipo de aportaciones no son coercibles, por lo que, una vez imputadas al capital, no eran “recuperables” en modo alguno. Ambos argumentos han hecho prevalecer tradicionalmente la idea de que las aportaciones de industria conllevan una mayor “peligrosidad”, reconducible al riesgo de incumplimiento o de imposibilidad sobrevenida de realización de la prestación prometida¹²².

3. *Fin Social*

137

¿Es el fin social un elemento esencial a la sociedad?, ¿qué se entiende por tal? El concepto de “interés social”, como casi todas las instituciones del Derecho Mercantil, tiene una íntima relación con las circunstancias que de carácter económico, filosófico y político, que han imperado en los diversos momentos históricos de los Estados¹²³. En tal sentido, la tesis

¹²⁰ En Chile, art. 13 de la LSA.

¹²¹ FUENTES (2011), pp. 297-298.

¹²² Frente a ello, es preciso considerar que este paradigma ha comenzado a ceder en estos últimos años en diversas legislaciones respecto de algunos tipos societarios. Así, en Italia tras la reforma al *Codice civile* en 2003 este tipo de aportaciones ha sido expresamente admitida para las sociedades de responsabilidad limitada. Con la legitimación de este tipo de aportaciones, como señala la doctrina italiana, se ha pretendido por un lado, poner en valor la cualificación profesional y personal de quienes participan en la sociedad y, por otro, evitar o limitar la correspondiente inmovilización de dinero.

¹²³ Bajo el imperio del Estado liberal clásico, producto de la revolución inglesa de 1668, la americana de 1766 y la francesa de 1789, el “interés social” giró en torno al interés colectivo de los socios, manifestado en el deseo de obtener el mayor lucro posible. Luego, con ocasión del surgimiento del Estado social –producto de la crisis de los postulados del Estado liberal–, el “interés social” sobrepasa el interés particular de los socios y se pretende que coincida con el interés de la colectividad expresado en el anhelo de un bienestar general. Ahora, y después de que los principios sobre los cuales se estableció el Estado social también entraran en crisis, el “interés social” apunta hacia una solución ecléctica

contractual trae como resultado lógico que el “interés social” sea percibido como el interés tanto de los socios como de los accionistas, traducido en su aspiración de obtener el mayor rendimiento financiero posible en el desarrollo de la empresa societaria.

Con posterioridad, y como consecuencia de la crisis de los postulados del Estado liberal y social, se abren paso las teorías institucionalistas del Derecho de Sociedades que proclaman que la sociedad es una institución que está por encima de los intereses privados de los socios como de los accionistas, pues la misma cuenta con personalidad, voluntad y objeto propios. Sobre esa base, para el institucionalismo el “interés social” gira en torno a grupos de personas distintas de los asociados, justificándose así la intervención del Estado en el proceso económico con el fin de lograr que se concilien los distintos intereses que confluyen en el desarrollo de la empresa societaria. Sin embargo, los postulados sobre los cuales se edificó el Estado social también entraron en crisis y, como corolario de lo anterior, también lo hizo la doctrina institucionalista del Derecho de Sociedades, fundamentalmente a partir de la defensa del principio de la autonomía privada y la afectación de la libertad individual.

A partir de ello emerge en el Derecho Societario la tesis del neocontractualismo, ya analizada, que hace una propuesta de regreso al contrato basada en una simbiosis de los principios del Estado liberal y en los postulados del Estado social. Para esta nueva corriente, el interés social no responde de forma exclusiva al patrimonio de socios, sino que debe atenderse también a los terceros, de manera que los asociados tienen derecho a incrementar sus ganancias económicas, pero a través de un ejercicio socialmente responsable de la actividad empresarial, lo que implica el reconocimiento de la existencia de distintos intereses que convergen en el desarrollo de la empresa societaria. De esta forma, en el desarrollo de la empresa societaria confluyen y se pueden ver afectados los intereses de distintos grupos de personas, circunstancia que genera la cuestión de dilucidar en un determinado momento, cuál de todos esos intereses debe privilegiar la sociedad y cuál es el mecanismo más efectivo para indemnizar los intereses que se vean por cualquier motivo sacrificados¹²⁴.

El fin social se identifica con la causa contractual, en la medida que encarna el elemento comunitario que diferencia a la sociedad de otras figuras y vertebrata este contrato en su dimensión obligatoria y organizacional, y que presenta un papel tanto en el momento constitutivo como durante toda su vigencia¹²⁵. El interés social resulta ser la suma de voluntades e

que entiende que los socios tienen derecho a incrementar sus ganancias económicas, pero también están en la obligación de atender los diversos intereses que confluyen en el desarrollo de la empresa societaria. Sobre el tema, véase MORGESTEIN (2011), pp. 6-10.

¹²⁴ MORGESTEIN (2011), pp. 18-19.

¹²⁵ En el contrato de sociedad la causa reviste cierta complejidad. Al lado del fin común (fin último) ha de situarse en una relación de instrumentalidad el objeto social (fin

intereses convergentes de los socios en el nuevo sujeto de derecho, con el fin de desarrollar el conjunto de actos o actividades que pretendieron al constituir la sociedad (objeto social), con el ánimo de participar en las utilidades o beneficios y soportar las pérdidas que pudieran resultar. Este fin no se traduce necesariamente en actividades comunes, pues podría ocurrir que los socios trabajen cada uno de manera individual, en una actividad distinta y luego comunique los resultados a la sociedad. Derivado de ello, el requisito de fin común es el elemento configurador de la causa societatis, de forma tal que se trata del verdadero nervio funcional sobre el que se asienta la sociedad. Tal fin normalmente se entiende desde la perspectiva de una ganancia económica, en la medida que ésta sería la razón que los asociados tienen en cuenta al formar la sociedad; no obstante, como fenómeno organizativo, resulta evidente que la sociedad es capaz de albergar otros supuestos desprovistos de finalidad lucrativa¹²⁶.

Llegados a este punto, puede afirmarse que no existe consenso sobre su composición económica. En los Derechos germánicos, suizo e inglés pueden existir sociedades con finalidades desinteresadas y en el angloamericano sólo la *partnership* debe tener una finalidad de negocio. En cambio, los sistemas del grupo latino, herederos del *Código de Napoleón*, exigen por regla general que se persiga una finalidad económica, aunque no existe unanimidad con respecto al contenido de este requisito. Así, mientras algunas legislaciones establecen que el beneficio consiste necesariamente en la percepción de utilidades o beneficio patrimonial directo, que en ciertos casos se precisa debe dividirse entre los socios¹²⁷, en otras, bastaría que se persiga cualquier beneficio, aun cuando no tenga carácter lucrativo¹²⁸.

139

próximo), es decir, la actividad que se ha programado desarrollar para la concesión del fin común. El objeto social no puede configurarse como objeto del contrato social, no obstante, el fin común como elemento causal integra tanto el fin último (ánimo de lucro) y el próximo o concreto (cierta actividad). Véase PAZ-AREZ (2006), p. 511.

¹²⁶ FERNÁNDEZ DE LA GANDARA (2010), p. 40.

¹²⁷ En Francia, por ejemplo, esta finalidad ha evolucionado notablemente en estos últimos años. A principios del siglo XX esta finalidad se basaba en la búsqueda y posterior reparto de beneficios. No obstante, la ley no precisaba una noción clara sobre esta materia, de manera que fue la jurisprudencia la que aportó una definición al respecto sobre la base de una conocida sentencia de 11 de marzo de 1914. Ésta definió el beneficio como “una ganancia pecuniaria o material que incrementa la fortuna de los socios”. Sentencia relativa a la caja rural del municipio de Manigord vistos los arts. 1832 del *Código Civil* y 1° de la ley de 1 de julio de 1901 que señalaba: “la sociedad es un contrato a través del cual dos o más personas acuerdan poner algo en común con la finalidad de repartirse el beneficio que pudiera resultar”.

¹²⁸ Los sistemas de Derecho pertenecientes al grupo latino, exigen que las sociedades persigan una finalidad económica, aunque no existe unanimidad con respecto al contenido de este requisito. Algunas legislaciones establecen que el beneficio debe consistir necesariamente en la percepción de utilidades o beneficio patrimonial directo; en otras, basta que se persiga cualquier beneficio. Argentina, por ejemplo, exige que el beneficio deba dividirse entre los socios. En Francia se aplica el régimen de las sociedades a las cooperativas de

De lo expuesto no se puede desconocer el carácter esencial que el fin social posee en la noción societaria, lo que sí podría cuestionarse es su

140

producción, de créditos y de consumo; a los grupos que tienen por objetivo la construcción, la adquisición o la administración de inmuebles divididos en apartamentos; a las “sociedades de profesionales”, aunque no puedan distribuir beneficios entre sus miembros. De una manera más clara, se quiebra la rigidez de las categorías jurídicas tradicionales con la creación de los grupos de interés económico, cuyo gran mérito es el ofrecer, a la colaboración entre las empresas, un marco jurídico que no es ni el de la asociación ni el de la sociedad. Aquí, persiguiéndose como finalidad el desarrollo de la actividad económica de sus miembros, la búsqueda de un beneficio no es esencial. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el artículo L124-1 de *Código de Comercio*, el que define a las sociedades cooperativas de comerciantes minoristas, como las que tendrán la finalidad de mejorar por medio del esfuerzo común de sus socios las condiciones en las que éstos ejercieran su actividad comercial. En España, el artículo 116 del *Código de Comercio*, al definir a la compañía, señala de forma expresa que es aquel por el cual “dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para *obtener lucro*, será mercantil, cualquiera que fuese su clase...”. No obstante, también encontramos la figura de las sociedades de garantía recíproca, las que constituyen un tipo especial de sociedades sin fines de lucro, que se rige principalmente por las normas de las anónimas –sin serlo–, y que se caracteriza, además, por presentar un marcado carácter mutualista de cara a los derechos y obligaciones de sus socios. Se trata de un tipo social híbrido y autónomo, creada con la finalidad de servir exclusivamente como instrumento de financiación a sus socios y considerada, por lo mismo, como una entidad financiera sometida a control. También tenemos las sociedades cooperativas, que son sociedades que tienen por objetivo promover, coordinar y desarrollar fines económicos comunes de sus socios, y reforzar e integrar la actividad económica de los mismos. Por su parte, el *Código Civil* de Brasil no habla expresamente de lucro, pero sí señala que la actividad a realizar por la sociedad debe ser de carácter económico, para repartir entre los socios sus resultados (art. 981). En México, tanto el *Código Civil* como el *Código de Comercio*, no hace referencia respecto de una naturaleza pecuniaria o no del fin social, lo anterior podemos entenderlo por el hecho de que existen tipos sociales donde la pecuniaridad es cuestionable, como en las sociedades de solidaridad social, donde los socios se reúnen para cumplir uno de los objetos determinados en la ley (creación de fuentes de trabajo, práctica de medidas que tiendan a la conservación y mejoramiento de la ecología, explotación racional de los recursos naturales, producción, industrialización y comercialización de bienes y servicios que sean necesarios, educación de los socios y de sus familiares en la práctica de la solidaridad social, entre otras). El otro tipo societario corresponde a las sociedades cooperativas, la que es definida como una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios. En Ecuador, el *Código Civil* señala: “no hay sociedad sin participación de beneficios. No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero”. (art. 1986). En el *Código Civil* colombiano, el antiguo artículo 2.081 (derogado por la ley N° 222 de 1995), establecía que no hay sociedad sin participación de beneficios y “no se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero”. No obstante, esta disposición no fue recogida en la ley N° 222 de 1995, ni tampoco incorporada una norma similar en los artículos del *Código de Comercio* que fueron modificados por esta ley.

carácter económico exclusivo. A este punto se refiere la legislación chilena en los arts. 2053 y 2055 del *Código Civil*, el primer precepto nos indica que en la sociedad, dos o más personas estipulan poner algo en común, “con la mira de repartir los beneficios que de ello provenga”. A su vez, el inciso final del segundo precepto señala: “No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero”. Sin embargo, también admite que se puede perseguir un beneficio económico indirecto para sus socios, como podría ser evitar un daño o conseguir para ellos bienes que le son necesarios a un menor precio u obtener una red de distribución de sus productos o cualquier otra finalidad económica que se traduzca en un beneficio¹²⁹. Asimismo, el carácter lucrativo del fin social también puede ponerse en entredicho si consideramos la existencia de las sociedades de garantía recíproca, las que están reguladas en la ley N° 20.179¹³⁰. El art. 3 de esta ley señala que el objeto social consiste en

“el otorgamiento de garantías personales a los acreedores de sus beneficiarios, con la finalidad de caucionar obligaciones que ellos contraigan, relacionadas con sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales”,

como además el “prestar asesoramiento técnico, económico, legal y financiero a los beneficiarios”¹³¹.

141

4. Repartición de los beneficios y pérdidas

De la mano de lo anterior, se estima de la esencia de toda sociedad el derecho de los socios a participar de las utilidades que ella origine y, como contrapartida, que deba soportar las pérdidas que arroje. En tal sentido, si el fin común se dirige a la obtención de ganancias económicas para la sociedad, el efecto natural de ello se encontraría en la repartición de dichas ganancias a los socios. Surgen de ello, diversas interrogantes: ¿es ésta una obligación legal?, ¿pueden los socios determinar los porcentajes de esta repartición?, ¿existen límites para ello?, ¿sólo se alude a beneficios económicos?, ¿podrían los socios renunciar a este beneficio?

¹²⁹ De las notas de Andrés Bello se desprende que en esta materia consideró lo planteado por *Troplong* quien sostiene que los beneficios siempre son pecuniarios. No se trata sólo de repartir una suma de dinero, pues también puede perseguir una ventaja apreciable en dinero. Véase PUELMA (2001), p. 72 y ss.

¹³⁰ Sobre este tema, véase JEQUIER (2012), p. 82.

¹³¹ La figura de la Sociedad de Garantía Recíproca también la encontramos en El Salvador (decreto legislativo N° 553, 20 de septiembre de 2009), Nicaragua (ley N° 663, de 25 junio de 2008), Argentina (ley N° 20.467), entre otros.

Existe una obligación genérica en orden a repartir beneficios. En la legislación chilena, tal deber se desprende de los arts. 2053 y 2.055 del *Código Civil*¹³². El primero expresa que la sociedad se constituye para

¹³² En Derecho Comparado este elemento se encuentra presente de la siguiente forma: en España, tanto el *Código Civil* como el *Código de Comercio*, al definir las sociedades civiles y comerciales, respectivamente, hacen mención dentro de los requisitos fundamentales de este contrato la repartición de beneficios. En el caso de la compañía colectiva, ésta se realiza según lo estipulado por la parte o a prorrata de la porción de interés que cada cual tuviere en la compañía (art. 140 del *Cód. Com*). Por su parte, el artículo 1844-1 del *Código Civil* francés señala: “la parte de cada socio en los beneficios y su contribución en las pérdidas se determinarán proporcionalmente a su participación en el capital social y la parte del socio que sólo ha aportado su industria será igual a la del socio que ha aportado menos, todo ello salvo cláusula en sentido contrario”. El *Código Civil* italiano se refiere a la repartición de los beneficios obtenidos en la sociedad como la finalidad de este contrato, interpretándolo como un requisito fundamental del mismo, y el artículo 2.263 del mismo cuerpo legal dispone: “los accionistas tienen derecho a participar en las ganancias y pérdidas, las que se presume son proporcionales a las contribuciones. Si el valor de las contribuciones no se especifica en el contrato, se presume que son todas iguales. La parte correspondiente al socio que ha otorgado su obra, si no está determinada por el contrato, se fija por el tribunal, sobre una base equitativa. Si el contrato sólo determina la participación de cada socio en las ganancias, en la misma medida, se presume que se debe determinar la participación en las pérdidas”. De forma novedosa, el artículo 2264 señala: “la determinación de la proporción de cada accionista en las ganancias y pérdidas puede ser referido a un tercero”, y el 2265: “es nulo el pacto con el cual uno o más socios están excluidos de cualquier participación en los beneficios o las pérdidas”. El *Código de Comercio* de Colombia regula en la definición de las sociedades comerciales que la finalidad de éstas es: “repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”, por su parte, el artículo 110 del mismo cuerpo normativo señala el contenido de la escritura social, en el cual debe incluirse la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social, con indicación de las reservas que deban hacerse; el artículo 150 establece: “la distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa”, y al igual que la legislación Italiana, dispone: “las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas”. En México, la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que en el reparto de las ganancias o pérdidas se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes: I. La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones; II. Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esa mitad se dividirá entre ellos por igual y III. El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas (art. 16), y el artículo 17 señala: “no producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias”. Por su parte, el *Código Civil* nos dice: “si sólo se hubiere pactado lo que debe corresponder a los socios por utilidades, en la misma proporción responderán de las pérdidas” (art. 2731). En la ley N° 19.550, sobre Sociedades Mercantiles de Argentina, señala las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa (art. 11 N° 7). Por su parte, el *Código*

repartir entre los socios los beneficios que de ello provengan; el segundo indica que “no hay sociedad sin repartición de beneficios”, y los artículos 2066 a 2070 contemplan diversas reglas sobre la división de las ganancias y pérdidas, considerando, en primer lugar, lo pactado por las partes. A falta de estos pactos, los mismos preceptos otorgan normas supletorias sobre la forma de hacer dicha división¹³³. El *CCo.*, exige que en la escritura de constitución de la sociedad colectiva comercial se estipule una cláusula sobre repartición de las utilidades y pérdidas entre los socios (arts. 352 N° 6, 381 y 382 del *CCo.*). El carácter esencial de la participación de cada socio o accionista en los resultados o utilidades sociales también lo consagra la ley N° 18.046 sobre SA, en sus arts. 4 N° 8 y 56 N° 2. Con todo, no se trata de un elemento esencial, sino de la naturaleza, toda vez que si nada se estipula sobre esta materia, el Derecho se encarga de suplir tal silencio (arts. 2067 y 2068 del *CC*).

Desde la perspectiva del socio, es un derecho personal del cual es titular en contra de la sociedad. Sobre este crédito, el socio tiene un derecho de dominio, amparado, por tanto, por la garantía constitucional establecida en el art. 19 N°24 de la Carta Fundamental. De acuerdo con el art. 2070 del *Código Civil*:

“los negocios en que la sociedad sufre pérdidas deberán compensarse con aquellas en que reporta beneficios y las cuotas estipuladas recaerán sobre el resultado definitivo de las operaciones sociales”.

143

No obstante, no se trata de una norma de orden público de manera que lo natural es que ello no opere y se fije en los estatutos sociales períodos específicos en que se determinen los beneficios y pérdidas. Tal situación se presenta normalmente cuando se aprueba el balance anual.

De lo anterior se desprende que la obligación de repartir beneficios y pérdidas tiene fuente legal, sin embargo, ello no implica que exista una obligación por la que la sociedad tenga forzosamente que repartir los beneficios entre sus socios o accionista en cada ejercicio. Por su parte, no se puede hablar de un derecho abstracto al dividendo, pues la sociedad goza de completa autonomía a la hora de decidir si quiere distribuir los beneficios obtenidos en forma de dividendos o, bien, si prefiere destinar

Civil nos señala: “las pérdidas y ganancias se repartirán de conformidad con lo pactado. Si sólo se hubiere pactado la parte de cada uno en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas. A falta de convenio, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas, será en proporción a lo que hubiere aportado a la sociedad” (art. 1778).

¹³³ Este Derecho se reconoce ya en las *Siete Partidas*. Sobre los aspectos históricos, puede consultarse: PUELMA (2001), p. 73.

dichos beneficios a otros fines. En tal sentido, por regla general¹³⁴, se podría suspender durante uno o más ejercicios el reparto de dividendos, cuando la realidad y las perspectivas de la sociedad así lo aconsejen, lo que no se puede es suprimir este beneficio por toda la vida de la sociedad. El destino de estas cuantías se denomina “reservas” y pueden ser de naturaleza legal, estatutaria o voluntaria¹³⁵.

Considero que no existe un derecho a recibir dividendo, sino un derecho a participar en los dividendos acordados¹³⁶. Los socios gozan de autonomía para determinar los montos y formas de repartir las utilidades y las pérdidas, con la limitaciones en cita. Tratándose de un derecho de dominio, el socio podría a priori renunciar a este beneficio, lo que no puede efectuarse es imponer una condición que desmejore la calidad de socio en contradicción a sus aportes, toda vez que en dicho caso, podríamos estimar que nos encontramos frente a la vulneración del principio de buena fe¹³⁷.

En cuanto al valor económico de estos beneficios, la tendencia actual parece encontrarse en renunciar de forma expresa al ánimo de lucro admitiendo como sociedades a agrupaciones que carecen de este interés directamente, o a restarle importancia a este elemento ampliando su significado, incluyendo en el cualquier finalidad orientada a la obtención de una ventaja patrimonial o un mero ahorro de costos¹³⁸.

144

5. *Aproximación a la noción societaria y revisión de otras problemáticas*

Si bien se trata de una materia que no logra unicidad de criterios, nos sumamos a la doctrina que destaca que el núcleo del concepto de sociedad está formado sólo por tres elementos fundamentales: origen negocial, existencia de un fin común y contribución de todos los socios a su realiza-

¹³⁴ De acuerdo con el art. 79 de la LSA: “Salvo acuerdo unánime diferente adoptado en la junta respectiva, por la unanimidad de las acciones emitidas, las sociedades anónimas abiertas deberán distribuir anualmente como dividendo en dinero a sus accionistas, a prorrata de sus acciones o en la proporción que establezcan los estatutos si hubiere acciones preferidas, a lo menos el 30% de las utilidades líquidas de cada ejercicio. En las sociedades anónimas cerradas, se estará a lo que determinen los estatutos y si éstos nada dijeren, se les aplicará la norma precedente”.

¹³⁵ VIVES (2012), p. 244.

¹³⁶ En el mismo sentido VIVES (2012), p. 252.

¹³⁷ Chile no reconoce la sanción de nulidad expresa sobre estas cláusulas a diferencia de lo que acontece en otras legislaciones. Véase art. 13 de la Ley de Sociedades Mercantiles de Argentina.

¹³⁸ En contra, Cándido Paz-Ares, para quien esta estrategia desnaturaliza el requisito y priva de valor sistemático a las divisiones internas del Derecho de Sociedades.

ción¹³⁹. Sobre la base de este concepto amplio, se ha definido la sociedad como “cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de una finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros”¹⁴⁰. La asociación es voluntaria y su origen es negocial, de lo contrario no podría ser calificada como tal; por su parte, la asociación de personas ha de constituirse para el logro o consecución de un fin común, el que, a su vez, constituye un nervio causal de la sociedad, en tanto la distingue de otras figuras afines. Este fin debe tener la entidad suficiente para producir un vínculo jurídico y ha de establecerse en interés de todos los socios. Adicionalmente, todas las personas han de contribuir a la realización de este fin común o social y esto requiere que todos los socios colaboren en su consecución. Esta noción amplia cumple una función ordenadora que dota de un régimen jurídico supletorio que se extiende a todas las figuras que, sin reunir los requisitos tipológicos descritos en la ley, se entienden análogos a las sociedades.

Si bien existe meridiano consenso en lo anterior, existen otros elementos que se añaden como elementos esenciales, de manera que debemos revisarlos, éstos son: la personalidad jurídica y la *affectio societatis*.

La consideración de la personalidad jurídica en cuanto atributo necesario de la sociedad también es una cuestión debatida, que se centra fundamentalmente en las asociaciones o cuentas en participación que por no gozar de personalidad, se les niega el carácter societario¹⁴¹. En realidad, la personalidad no puede entenderse como un requisito de la esencia en la conformación societaria, pues ninguna noción exige esta cualidad, se trata, más bien, de una consecuencia que la ley brinda a algunas estructuras (art. 2053 inc. 2° del *CC*) a partir de la reunión de ciertos requisitos. Ello, por tanto, no puede implicar que las figuras que carecen de este revestimiento no puedan ser consideradas como tales: ciertamente lo son. Así se distingue entre sociedades externas (por personalidad jurídica) e internas (sin personalidad), las primeras se estructuran como vínculo y las segundas como organización, la primera sería una mera relación obligatoria entre los socios y la segunda forma un sujeto de derecho¹⁴².

En relación con la *affectio societatis*, debemos precisar que se entiende como tal la intención de formar sociedad o la voluntad de cada socio de adecuar su conducta y sus intereses personales al objeto social. No se trata de un requisito legal (art. 2053 del *CC*), sino doctrinario. Tiene su origen

¹³⁹ El máximo exponente de esta doctrina es Girón Tena. Véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2010), p. 39.

¹⁴⁰ PAZ-ARES (2006), p. 470.

¹⁴¹ En Chile las asociaciones o cuentas en participación están tratadas en el artículo 507 y ss. del *CCo*.

¹⁴² Sobre esta materia, véase PAZ-ARES (2006), pp. 490-491.

a fines del siglo pasado de manos de la doctrina francesa que elaboró una nueva tesis consistente en que la *affectio* sería un elemento interno o subjetivo que debe concurrir en todos los socios. Este elemento consistiría en que todo socio debe tener la voluntad decidida de cooperar activamente a la obra social estando dispuesto a organizar sus esfuerzos para conseguir el fin común de una manera activa y sobre un pie de igualdad¹⁴³. Supone, entonces, la presencia de dos o más asociados y su intención de trabajar en común aceptando lo aleatorio de la empresa. Dicho de otro modo, se trata de un elemento singular de orden sicológico que implica que el socio no puede contentarse con hacer el aporte y esperar las cuentas sociales y su parte en los beneficios y pérdidas, lo que constituiría una actitud pasiva¹⁴⁴. Vale la pena considerar que la doctrina jurisprudencial chilena ha evolucionado en esta noción, pues, si bien en un principio se le estimaba como un elemento de la esencia del contrato de sociedad¹⁴⁵, luego se ha morigerado tal entendimiento al sostenerse que se trata de un elemento de interpretación. En este punto se ha sostenido que el ánimo societario ha de consistir en una disposición de la voluntad tan manifiesta entre los contratantes, que denote de tal forma el propósito asociativo, que represente el ánimo de subordinar el interés individual y personal de cada uno de los socios al interés general o social, de suerte que prime el esfuerzo en dirección al cumplimiento del objetivo social¹⁴⁶.

En mi opinión, este elemento se identifica de forma plena con el consentimiento que debe expresarse libremente y sin vicios, por personas capaces de obligarse. Desde un punto de vista práctico, cuando se pierde el *affectio societatis* sobrevendría más bien un conflicto societario que puede llevar a la disolución u otra fórmula de modificación de la sociedad (por ejemplo, a partir del retiro del socio), materias que en las sociedades tienen un marco jurídico concreto.

¹⁴³ Sobre el tema, VÁSQUEZ PALMA (2013).

¹⁴⁴ Las Cortes francesas han utilizado el elemento que se estudia para develar las denominadas sociedades ficticias y diferenciarlas, de aquellas compañías cuyo substrato real corresponda a la ejecución de una actividad económica lícita. En este orden de ideas, se ha precisado que al demostrar la inexistencia de la *affectio societatis* en una compañía en que se haya comprobado previamente el ánimo de defraudar a terceros, se hace factible la imposición de multas y el descubrimiento de la verdadera naturaleza de la sociedad. DELGA (1998), p. 110.

¹⁴⁵ Sentencia, Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 22 de abril de 1965, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXII, Santiago, sección 4ª, p. 479.

¹⁴⁶ Sentencia Excm. Corte Suprema, fecha 12 de julio de 2010, en causa Patricio Nicolás González Cortés con Belisario González Jara. En base de datos www.legalpublishing.cl; N° ID Legal Publishing: 45299, consultada el 2 de septiembre de 2011.

IV. REVISIÓN DE LA NOCIÓN SOCIETARIA EN EL DERECHO COMPARADO Y CHILENO

1. ¿Cómo se ha resuelto este tema en Derecho Comparado?

Vistos los antecedentes antes relatados, corresponde ver cómo se define a la sociedad actualmente en el Derecho Comparado.

En términos generales, se puede observar que gran parte de las legislaciones aún continúa definiendo a las sociedades como un contrato, incorporando los elementos que de manera tradicional han sido entendidos como esenciales, con algunas excepciones. Así, por ejemplo, España, en su art. 1665 del *Código Civil* dispone:

“La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común, dinero, bienes o industria, con ánimo de repartir entre sí las ganancias”,

mientras que respecto de la sociedad comercial, el art. 116 del *CCo.*, señala que es un

“Contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código”.

147

En Italia, el artículo 2247 del *Código Civil* dispone:

“Con el contrato de sociedad dos o más personas confieren bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica con el fin de dividirse los beneficios”.

En Colombia, se sostiene:

“Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados” (art. 98 del *CCo.*).

El art. 981 del *Código Civil* de Brasil, señala:

“Celebran contrato de sociedad las personas que recíprocamente se obligan a contribuir, con bienes o servicios, para el ejercicio de actividad económica y el reparto, entre sí, de los resultados”.

Para Ecuador, la sociedad es un

“Contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”,

según el art. 1984 del *Código Civil*:

“Contratos de compañías es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”.

En México, su *Código Civil* nos señala:

“Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial” (art. 2688).

148

Otras legislaciones, en cambio, evitan emplear la expresión ‘contrato’ en dicha definición. Esto ocurre, por ejemplo, en el Reino Unido, donde la sociedad significa una empresa constituida y registrada bajo esta ley, es decir:

- a) una sociedad así constituida y registrada después de la apertura de esta parte o
- b) una empresa que inmediatamente antes del comienzo de esta parte fue formada y registrada bajo la Ley de Sociedades 1985 (c. 6); las empresas (Irlanda del Norte) 1986 (SI 1986/1032 (NI 6)); o era una empresa existente a los efectos de esta ley o de la orden (que en su comienzo y formación se haya registrado bajo esta ley)¹⁴⁷. En Argentina se entiende que:

“Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieron de lo que cada uno hubiere aportado”,

según el art. 1648 del *Código Civil*, y además

“habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se

¹⁴⁷ N° 1, parte 1, Act 2006 *Company Law*.

obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”,

según el art. 1 de la ley N° 19.550. El art. 1 de la Ley General de Sociedades de Perú, por su parte, señala:

“Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas”,

por su parte, el art. 295 de la misma ley define a la sociedad civil como aquella que:

“se constituye para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios”.

Francia mantiene una posición ecléctica, si bien el artículo 1832 del *Código Civil*, que originalmente señalaba que la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen hacer aportes para una actividad común, con la reforma de la ley 85-697 de 1985 ha pasado a permitir en los casos señalados en la ley, la creación de una sociedad por la voluntad de uno, de manera tal que en el renovado *Code Napoléon*, ya no es necesariamente un contrato al agregar a la citada disposición: “en los casos previstos por la ley, puede ser instituida por el acto de voluntad de una sola persona”.

Más allá de ello, la mayoría de las legislaciones, como ya vimos, reconocen la posibilidad de constituir la sociedad unipersonalmente, de manera que es posible que exista una manifiesta incoherencia entre dichas definiciones y los cambios que están sucediéndose en esta materia, no sólo en el ámbito del elemento subjetivo requerido para constituir una sociedad sino, también, en relación con los restantes. Aun cuando el fundamento no es claro, todo parece indicar que se trata de una resistencia frente a la inercia codificadora, argumento no es suficiente para no brindar abrigo a una realidad que debe ser reconocida, pues es tarea del Derecho hacer frente a las modificaciones que las instituciones jurídica sufren.

En este escenario, valdría la pena preguntarse por el valor y la necesidad de formular definiciones de las instituciones jurídicas, con el riesgo de petrificación que ese ejercicio conlleva. Creemos que no, se requiere más bien brindar marcos jurídicos pertinentes y adecuados a las necesidades que debe sortear, y no encorsetar lo que ha de entenderse por tal o cual figura.

2. Definición de sociedad en Chile. Revisión de las reformas efectuadas

De manera general, desde el escenario legislativo actual, la sociedad puede ser vista y analizada como un contrato (arts. 2053 del *CC*, 349 y 351 del *CCo.* y 103 ley de la N° 18.046); como una institución creada por un fondo común que se constituye con los aportes de los socios (art. 2061 del *CC* y art. 1° de la ley N° 18.046) y como una persona jurídica (art. 2.053 inc. 2°, art. 1° de la ley N° 18.046 y art. 424 del *CCo.*). Desde esta perspectiva, se ve cómo la definición contractual que nace en la época codificadora ha perdido sustento también en la fuente legal, en vez de ello, el legislador ha destacado a la persona jurídica que de ella emerge.

En la normativa más reciente, el legislador ha dado un paso más restando un elemento fundante de la definición descrita en el art. 2053 del *Código Civil*, esto es, la necesidad que sea formada por dos o más personas. Ello se visualiza con claridad en la sociedad por acciones que permite su conformación unipersonal (art. 424 del *CCo.*)¹⁴⁸. Considero que el camino seguido hasta aquí por el legislador chileno evidencia cierta confusión al momento de admitir la unipersonalidad en el sistema normativo interno, lo que se refleja de manera precisa en la coexistencia de figuras jurídicas que se nutren de principios y concepciones dogmáticas radicalmente diversas. En tal sentido, debe analizarse la denominación y estatuto jurídico de las empresas individuales de responsabilidad limitada, en aras de armonizar y modernizar ambas normativas, tal como lo ha efectuado la SAS en Francia a partir de diversas modificaciones. Esta labor debe tener presentes las expectativas, necesidades y realidades del empresariado chileno, dejando de lado las clásicas doctrinas y eliminando una serie de requisitos anacrónicos para la constitución y funcionamiento de las sociedades de Derecho Privado. Adicionalmente, debo considerar que en la actualidad, el ordenamiento jurídico sostiene una paradoja, aunque reconoce sin reparos el extremo más resistido de la unipersonalidad en el Derecho Comparado del siglo XX –la originaria–, rechaza, sin embargo, su manifestación sobrevenida, lo que no presenta una justificación consistente, de manera que tal situación debe revisarse y enmendarse de *lege ferenda*, por medio de una reflexión general sobre la renovación de la tipología societaria y sus elementos esenciales, que ha estado tan ausente en Chile hasta ahora.

¹⁴⁸ El art. 424 del *CCo* no tiene el efecto de derogar tácitamente la definición general del art. 2053 del *Código Civil*, sin embargo, tras la incorporación de la SpA en su forma unipersonal originaria, la noción tradicional allí contenida resulta insuficiente, incompleta y parcial, lo que hace necesaria su reformulación. JEQUIER (2011), pp. 189-230.

En afinidad con ello, no puede continuar sosteniéndose que la sociedad sólo tenga fuente contractual. Se debe reconocer que puede formarse a partir de un acto jurídico unilateral que, por sí solo o sincronizado con otros, de idéntica especie, pretenden un fin conjunto que los trasciende. Tal acto tiene, por regla general, un objetivo lucrativo, organizativo y normalmente colaborativo. Una vez que dicho acto cumple las pautas normativas requeridas para la constitución societaria se da paso a una persona jurídica y como tal se entenderá como un sujeto de derecho con voluntad propia a la que se le reconocen atributos tales como: el nombre, patrimonio, domicilio, capacidad y nacionalidad, y que se relaciona frente a terceros como un sujeto de derechos.

Por otra parte, pese a que aún no existen reformas en la materia, deben analizarse los cambios que se han realizado en Derecho Comparado en lo relativo a los restantes elementos configuradores de la noción societaria, fundamentalmente aquél que reside en el aporte de industria, la finalidad de lucro y el reparto de los beneficios. En tal sentido, considero que estos elementos esenciales debieran centrarse en los fines perseguidos y la correspondiente convergencia de los intereses existentes (comunidad de fines). La plurilateralidad, en cambio, sería un elemento accidental y no esencial de la conformación societaria¹⁴⁹. En resumen, los elementos que debieran considerarse para construir la noción societaria residen en el origen voluntario, fin común y la consecución de dicho fin, noción amplia que provoca las ventajas apuntadas más atrás¹⁵⁰. Por su parte, el carácter voluntario permite excluir aquellas agrupaciones de personas constituidas con carácter necesario por la ley o los órganos públicos.

Con la base expuesta, considero que es posible definir a la sociedad como una *institución compleja creada por un acto jurídico fundacional consistente en una declaración unilateral que, sola o en concordancia con otras de idéntica característica, acuerdan un tipo organizativo en particular, con miras a la obtención de un fin común al que se comprometen sus socios*. Es institución, pues, aunque la voluntad individual es necesaria para su formación, su importancia es posteriormente matizada debido a los múltiples límites normativos previstos. Así, sólo existen sociedades nominadas (más allá de poder crear otro tipo de asociaciones), y los socios no tienen, en muchos casos, posibilidades de modificar las reglas aplicables a las formas societarias adoptadas, debido a la existencia de una multitud de normas imperativas que abundan en ciertos tipos societarios¹⁵¹. La institución es compleja, en tanto en ella confluye un conjunto de actividades relacionadas entre sí y

¹⁴⁹ ATEHORTÚA (2005), p. 60, citando a Tullio Ascarelli.

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2010), p. 39.

¹⁵¹ GUYON (1999), pp. 20-21.

que comprende varios tipos de relaciones: las que se producen entre los socios que forman la sociedad; las relaciones que nacen entre ésta y los acreedores; las que se producen entre los socios y los acreedores de la sociedad, todas directamente interrelacionadas. Si bien el acto jurídico fundacional es insustituible para dar nacimiento a la sociedad y explicar las relaciones que nacen entre los socios y las aquéllas que emergen entre la sociedad y acreedores, ello debe conciliarse con la personalidad jurídica de la que goza la sociedad una vez constituida. Sobre la base de lo anterior, se precisa la revisión y modificación de la clásica definición que otorga el *Código Civil* en su art. 2053, reformulando la noción en los términos antes expuestos.

V. CONCLUSIONES

1. La sociedad representa en la actualidad una forma de ejercicio organizativo de la actividad de la empresa, marcada por ordenes más o menos estrictos de actuaciones y de imputación de los resultados activos y pasivos derivados de ellas, que tienen su origen en un acto de la autonomía privada no necesariamente contractual. Esta nueva concepción es una consecuencia de los profundos cambios que ha experimentado el Derecho Societario de manera global, lo que ha obligado a reformular la institución en diversos aspectos. Uno de ellos es justamente la actual noción de la sociedad y sus elementos estructurales, que han debido enfrentar –en mayor o menor medida– las tradicionales concepciones que sobre ella se han articulado.
2. Chile no ha estado ajeno a esta realidad y, en su intento por acoger estas innovaciones, ha planteado reformas fragmentadas que, junto con diversificar las posibilidades de actuación, ha generado variadas interrogantes en su entendimiento. Estas modificaciones han respondido a las necesidades de tráfico económico, pero se ha descuidado una mirada jurídica analítica que revise y determine, de manera transversal, los elementos que deben considerarse realmente esenciales en su configuración. La forma parcelada en que se han realizado estas reformas no puede considerarse inocua, muy por el contrario, en la práctica nos encontramos con normativas aisladas que se advierten configuradas de forma caprichosa para un tipo social específico, generando un sistema carente de coherencia y consistencia, con un tono marcadamente sectorial.

A partir de ello, nuestro Derecho Societario sigue ofreciendo en la actualidad, pese a su frecuente renovación, un cuadro nor-

mativo disperso, incompleto y en muchos casos, desprovisto de la necesaria coherencia sistemática. Es labor del jurista enfrentar los cambios que se están sucediendo en una determinada institución, y del legislador acogerlos oportunamente, con el objetivo que la normativa no resulte inadecuada o anacrónica para la realidad del tráfico económico y jurídico. Sobre la base de esta realidad, una ley general de sociedades cobra sentido, con ello se podrían resolver los problemas antes apuntados, reconstruyendo el edificio de esta institución a partir de una colaboración doctrinaria imprescindible en este actuar. La estructura vertebral de este derecho debiera brindar un tratamiento claro y coherente a cada una de las sociedades tratadas¹⁵².

3. Dentro de la definición societaria debe considerarse que existen elementos respecto de los cuales no está clara la adscripción a este núcleo conceptual, entre ellos encontramos: la necesidad de dos o más personas, la existencia de un patrimonio común y la finalidad lucrativa. En este contexto, se podría defender un concepto amplio de sociedad cuyos elementos caracterizadores residan en el origen voluntario, fin común y la consecución de dicho fin, tal como un sector relevante de la doctrina viene haciendo desde hace algunos años. La importancia de ello se centra en dotar un régimen jurídico de carácter supletorio extensible a todas aquellas figuras que sin reunir los requisitos normativos societarios, se halle orientado a llenar lagunas que surjan en los regímenes específicos de singulares figuras asociativas, como serían las cuentas en participación. Por su parte, el carácter voluntario permite excluir aquellas agrupaciones de personas constituidas con carácter necesario por la ley o los órganos públicos.

Sobre la base de lo anterior, debemos concluir que los elementos antes apuntados no son privativos de la noción contractual o de la sociedad entendida como contrato. Por el contrario, aquéllos deben entenderse respecto de todas las sociedades, tengan carácter contractual o no, de manera que dan vida a la institución societaria en su conjunto.

4. En este orden de ideas, es preciso considerar que no se propone aquí dejar sentada una definición societaria en fuente legal. Estamos conscientes que esta labor podría tornarse estéril si se considera la dinámica de una institución que se encuentra en constante evolución en torno a las necesidades económicas del tráfico mercantil, de manera que la plasmación de una definición

¹⁵² En este contexto, llama la atención que las sociedades por acciones hubiere sido codificada (2007) en el art. 424 y ss del *CCo*.

legislativa podría encorsetar su desarrollo y entendimiento. En realidad, lo que aquí se propone es el análisis de los elementos que debemos considerar necesarios para su actual entendimiento de manera tal que la definición brindada por nuestro clásico y decimonónico *Código Civil*—que actualmente se concibe como la noción genérica de todos los tipos societarios— sea entendida desde una perspectiva más amplia a la allí prevista. En otras palabras, aspiramos a que tal noción se comprenda como un piso histórico y no dogmático de la institución societaria actual.

En este sentido, debe considerarse que el estudio del Derecho de Sociedad tiene por objetivo aislar aquellos elementos que resultan indispensables para que un determinado fenómeno de la realidad pueda ser calificado jurídicamente como societario y, por consiguiente, integrado en el sistema del Derecho de Sociedades. El valor de este concepto está positivamente relacionado con su amplitud, pues cuanto más amplio se perciba, más fenómenos asociativos tendrán cabida en él¹⁵³.

Sobre esa base, y considerando los cambios que ha experimentado la institución en Derecho Comparado en estos últimos años, veo una oportunidad para atender las múltiples y modernas necesidades que en nuestro país plantea el Derecho Societario, asegurando, por fin, la aptitud funcional y coordinada de los distintos tipos societarios.

154

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABRIANI, Niccolò y otros (2008). *Derecho italiano de sociedades (manual breve)*. Edición en castellano. Valencia: Universidad de Valencia, departamento de Derecho Mercantil-Editorial Tirant lo Blanch.
- ARCILA SALAZAR, Carlos Andrés (2011). “Pluralidad de asociados: rompimiento de un axioma”. *F.D.M.* N° 30. Bogotá.
- OLAVARRÍA ÁVILA, Julio (1970). *Manual de Derecho Comercial*. Barcelona: Imprenta Clarasó.
- ATEHORTÚA OCHOA, Julio (2005). “Dimensión institucional de la persona jurídica en el derecho colombiano”. *Revista de Derecho Privado*. N° 8. Madrid.
- AZOFRA, Fernando (2003). “El informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa”. *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, N° 4. Madrid.
- BARRAU, María (2007). “Un nuevo análisis del capital social a la luz de la jurisprudencia, doctrina y normativa administrativa actual”. *FACES, Centro de*

¹⁵³ Con justa razón señala Cándido Paz-Ares, la profundidad del Derecho Sociedades y el grado de aprovechamiento de sus doctrinas depende crucialmente de la extensión que le damos al concepto positivo de sociedad. PAZ-ARES (2006), p. 470.

- documentación Instituto de investigación, Facultad de Ciencias económicas y sociales.*
Año 13. N° 28. Mar del Plata.
- BONILLA SANABRIA, Fabio (2008). “Unipersonalidad societaria: A propósito de un debate actual en el Derecho Colombiano”. *Revista e-mercatoria*. Vol. 7. N° 1. Bogotá.
- BROSETA PONT, Manuel (2010). *Manual de Derecho Mercantil*. 17ª ed. Madrid: Editorial Tecnos.
- CARAMÉS FERRO, José (1976). *Curso de derecho romano*. 9ª ed. Buenos Aires: Editorial Librarius.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. (2011). *Instituciones de Derecho Comercial*. 3ª ed. Santiago: Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- DE CARLOS BERTRÁN, Luis (2012). “Las sociedades capitalistas”, en José Luis BERTRÁN y Javier Wenceslao IBÁÑEZ (coords.). *Fundamentos del derecho empresarial, Derecho de sociedades*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters, Aranzadi, tomo II.
- DE MIRANDA, José Eduardo S. (2004). “El derecho español y la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada”. *Jus Navigandi*. Año 9. N° 222. Disponible en <http://jus.com.br/artigos/4822>, consultada el 10 de agosto de 2013.
- DELGA, Jacques (1998). *Le droit des sociétés*, Paris: Dalloz.
- ECHAIZ MORENO, Daniel (2005). “Propuesta para una reforma de la legislación societaria en el Perú”. *Universitas*. N°110. Bogotá.
- EMBED IRUJO, José Miguel (2013). *Sobre el Derecho de sociedades de nuestro tiempo*. España: Ed. Comares.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, Cristóbal (2011). “Reflexiones sobre la función patrimonial del capital social en los grupos societarios”, en María NAVARRO LÉRIDA Y Mónica FUENTES NAHARRO (coords.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España, Cuestiones pendientes de reformar*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters, Aranzadi.
- ESPINOSA QUINTERO, Leonardo (2011). “El proceso de flexibilización del régimen societario colombiano: una visión desde la evolución de las figuras empresariales”. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*. N° 1. Universidad Sergio Arboleda. Disponible en www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion-1.htm. [Fecha de consulta: 20 de agosto de 2013].
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis (2010). *Derecho de sociedades*. Valencia: Tirant lo Blanch, vol. I.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Inés (2012). “Aportaciones a las sociedades de capital”, en José Luis BERTRÁN y Javier Wenceslao IBÁÑEZ (coords.). *Fundamentos del derecho empresarial, Derecho de sociedades*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters, Aranzadi, tomo II.
- FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, José (2009). “La necesidad de regular la sociedad unipersonal en la ley general de sociedades”. *Revista Científica Egresados*. Vol. 1. Universidad Señor de Sipán. Disponible en www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/

- Egresados_Derecho/1edicion/contenido.html. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2013].
- FUENTES NAHARRO, Mónica (2011). “Aportaciones de industria a sociedades de capital: a propósito de la reforma italiana y el proyecto de estatuto de la Sociedad Privada Europea”, en María NAVARRO LÉRIDA Y Mónica FUENTES NAHARRO (coords.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España, Cuestiones pendientes de reformar*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters, Aranzadi, tomo II.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza (2006). “Las aportaciones sociales”. *Revista de Sociedades*. N° 36. Navarra.
- GARCÍA MANDALONÍZ, Marta (2010). “El cuestionado sentido del régimen jurídico del capital social”, en Santiago HIERRO ANIBARRO (coord.), *Simplificar el derecho de sociedades*. España: Editorial Marcial Pons.
- GIGGLBERGER, Juan (2010). “Breves apuntes sobre la evolución de la sociedad comercial. El fenómeno de la separación de la propiedad y la gestión social y el fundamento de la limitación de la responsabilidad desde un enfoque histórico”. *Revista Jurídica UCES*. N° 14. Disponible en <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/901>. [Fecha de consulta: 16 de julio de 2013].
- GONDRA ROMERO, José María (2010). “La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos”, en Juan Carlos SÁENZA GARCÍA DE ALBIDUZ, Fernando OLEO BANET, Aurora MARTÍNEZ FLÓREZ (coords.), *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés*. España: Editorial Thomson Reuters.
- GUYON, Yves (2009). *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*. 4ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- HAMILTON, Robert W. (2000). “Corporate Governance in America 1950-2000: Major Changes but Uncertain Benefits”. *The Journal of Corporate Law*. Vol. 25. Iowa.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago (1998). *El origen de la sociedad anónima en España*. Madrid: Ed. Tecnos y Comunidad de Madrid.
- HOPT, Klaus J. (2010). “La modernización del Derecho de sociedades: perspectivas trasatlánticas”, en Santiago HIERRO ANIBARRO (coord.), *Estudio del Derecho de Sociedades y del Mercado de Valores*. Barcelona: Editorial Marcial Pons.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier (2012). “Concepto de sociedad: contrato, persona moral y expresión del derecho de asociación”, en José Luis BERTRÁN y Javier Wenceslao IBÁÑEZ (coords.). *Fundamentos del derecho empresarial, Derecho de sociedades*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters, Aranzadi, tomo II.
- IBARRA PONCE, Daniel (2010). “Sociedades de responsabilidad limitada, socios industriales, aportaciones en especie, numerarias y otras”. *Enciclopédica Tributaria Opciones Legales-Fiscales*. N° 17. Santa Fe: Corporativo Reyes Mora Advisors.
- JARA BAAER, Andrés (2007). “Sociedades por acciones, Ley N° 20.190”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34. Santiago.

- JEQUIER LEHUEDE, Eduardo (2011). “Unipersonalidad y sociedad con un solo socio; alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del derecho chileno”. *Revista Ius Et Praxis*. Año 17. N° 2. Talca.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2012). “La sociedad anónima de garantía recíproca en Chile; precisiones y propuestas para un nuevo sistema de garantías. (Las tendencias del Derecho de sociedades en apoyo a la Pyme)”. *Revista de Derecho*. Año 19. N° 1. Valparaíso.
- LARA AGUAYO, Edison (2008). “Los límites de la personalidad jurídica de las sociedades y empresas. Levantamiento del velo”. *RDE*. N° 15. Santiago.
- LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge (2010), *Los contratos*. Santiago: Ed. AbeledoPerrot.
- MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro (2009). “El contrato de sociedad en el Derecho Romano”. *Revista Letras Jurídicas*. N° 20. Guadalajara.
- MORGESTEIN SÁNCHEZ, Wilson Iván (2010). “La SAS en el Derecho Societario colombiano: de un institucionalismo de forma hacia un nuevo contractualismo”. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi, Reflexiones Académicas*. N° 11. Bogotá.
- MORGESTEIN SÁNCHEZ, Wilson Iván (2011). “El Concepto de Interés Social y su Impacto en el Derecho de Sociedades colombiano”. *Revista e-mercatoria*. Vol. 10. ciudad.
- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio (2007). *Derecho mercantil colombiano*. Bogotá: Legis Editores S.A., vol. iv: Tipos de sociedad.
- NISSEN, Ricardo Augusto (2006). *Curso de Derecho societario*. 2ª ed. actualizada. Buenos Aires: Editorial Ad hoc.
- OLAVARRÍA ÁVILA, Julio (1956). *Manual de Derecho Comercial*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- OVIDEO ALBÁN, Jorge (2011). “Consideraciones sobre la naturaleza contractual y comercial de las sociedades en el derecho colombiano”. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*. N° 36. Colombia.
- PARDINI, Marta G., (2012). “Algunas consideraciones sobre el derecho societario argentino”. *Revista Jurídica*. Vol. 2. N° 29. Brasil.
- PAZ-ARES, Cándido (2006). “La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad”, en Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, María Luisa APARICIO GONZÁLEZ (dirs.) *Curso de Derecho Mercantil*. 2ª ed., Navarra: Thomson-Civitas.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2001). *Sociedades*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2011). *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio (2009). “La personificación de las sociedades civiles. Análisis histórico-jurídico del artículo 1669 del ‘código civil’ español”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 32. Valparaíso.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco (2004). *Derecho Societario*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis, tomo I.

- REYES VILLAMIZAR, Francisco (2009). *SAS La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Editorial Legis.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, Juan Antonio (2000). “Lecciones de Derecho Mercantil”, en Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.). *Lecciones de Derecho Mercantil*. 16ª ed. Madrid: Editorial Tecnos.
- ROJO, Ángel (2009). “El Empresario”, en Aurelio MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*. 7ª ed. Navarra: Editorial Thomson Reuters, tomo I.
- ROZANSKI, Andrés (2002). “La sociedad unipersonal y la necesidad de su incorporación a la legislación Argentina”. *Las Tesinas de Belgrano*. Universidad de Belgrano, departamento de Investigación.
- SACRISTÁN REPRESA, Marcos (1991). “Concepto y número mínimo de fundadores. Sociedad unipersonal”, en Alberto ALONSO UREBA y otros (coords.), *Derecho de sociedades anónimas*. Madrid: Editorial Civitas, tomo I: La fundación.
- SANÍN GÓMEZ, Juan Esteban (2010). “Desarrollo y evolución del tratamiento tributario de los aportes en especie en Colombia”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 40. N° 112. Medellín.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo (2011). “La financiación a las sociedades de capital por sus propios socios”. en María NAVARRO LÉRIDA Y Mónica FUENTES NAHARRO (coords.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España, Cuestiones pendientes de reformar*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters, Aranzadi, tomo II.
- SILVEYRA, Miguel (2006). “En torno a la función del capital social, a propósito de la recepción de la doctrina de infracapitalización por la Inspección General de Justicia”. *Revista Argentina de derecho empresario*. Vol 4. Buenos Aires.
- STORDEUR, Eduardo (2007). “Infracapitalización societaria, responsabilidad de los accionistas y capital social: un análisis económico”. *Latin american and caribbean law and economics association (alacde)*. Annual papers, Berkeley program in law and economics. University of California Berkeley.
- SÁNCHEZ RUS, Heliodoro (2012). *El capital social. Presente y futuro*. Navarra: Ed. Civitas-Thomson Reuters, Colección Estudios de Derecho Mercantil.
- SUAREZ, Sergio (2007). “Notas para una historia de las sociedades”. *RDE*. N° 10. Santiago.
- TRONCOSO MARTINIC, Pedro (2005). “La sociedad unipersonal en Chile después de la Ley Número 19.857”. *Revista Jurídica UCES*. N° 9. Disponible en <http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/handle/123456789/180>. Fecha de consulta: 10 de agosto de 2013].
- VÁSQUEZ PALMA, M. Fernanda (2013). *Sociedades. Comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho comercial*. Santiago: Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (2011). “El tratamiento de las distribuciones a los socios”, en María NAVARRO LÉRIDA Y Mónica FUENTES NAHARRO (coords.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España, Cuestiones pendientes de reformar*. Pamplona: Editorial Thomson Reuters, Aranzadi, tomo II.

- VILLEGAS, Carlos Gilberto (1995). *Tratado de las sociedades: sociedades civiles, sociedades comerciales, sociedad anónima, joint venture, asociaciones, sociedades mineras, sociedades de profesionales, cooperativas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIVES RUIZ, Fernando (2012). “Las cuentas anuales y la aplicación del resultado”, en Javier IBÁÑEZ JIMÉNEZ (coord.), *Fundamentos de derecho empresarial, Derecho de sociedades*. España: Editorial Thomson Reuters, tomo II.

Normas citadas

- Código Civil* de Chile.
- Código Civil* de Francia.
- Código Civil* de Brasil.
- Código Civil* de Italia.
- Código Civil* de Ecuador.
- Código Civil* de Argentina.
- Código Civil* de México.
- Código Civil* de Paraguay.
- Código de Comercio* de Francia.
- Código de Comercio* de España.
- Código de Comercio* chileno.
- Código de Comercio* de Nicaragua.
- Código de Comercio* de Panamá.
- Código de Comercio* de Costa Rica.
- Código de Comercio* de El Salvador.
- Código de Comercio* de México.
- Código de Comercio* de Colombia.
- Código de Comercio* de Japón.
- Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas. 22 de octubre de 1981, Chile.
- Ley N° 19.857, autoriza el establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. *Diario Oficial*, 11 de febrero de 2003, Chile.
- Ley N° 20.190, sobre Sociedad por Acciones. Chile.
- Ley N° 20.179, establece un marco legal para la constitución y operación de Sociedades de Garantía recíproca, *Diario Oficial*, 20 junio 2007, Chile.
- Ley N° 19.550, de Sociedades Comerciales, Argentina.
- Companies Act de 1985, Gran Bretaña.
- Company Law Act de 2006, Gran Bretaña.
- Companies Regulations Act de 1992, Gran Bretaña.
- Ley de Sociedades Colectivas de 1890, Partnership Act, Gran Bretaña.

Real decreto 1.084, sobre Sociedades Anónimas Deportivas. 5 de junio de 1991, España.

Ley de Sociedades de Capital 1/2010, España.

Decreto legislativo N° 88, de 3 de marzo de 1993, Italia.

Ley N° 6.404, sobre Sociedades Anónimas. 15 de diciembre de 1976, Brasil.

Ley N° 16.060, sobre Sociedades Comerciales, Uruguay.

Ley N° 222, de 1995. 21 de junio de 1996, Colombia

Ley N° 1.014, de Emprendimiento Empresarial. 26 de enero de 2006, Colombia.

Ley N° 1.258 de 2008, Sociedad por acciones Simplificadas. Colombia

Ley general de Sociedades Mercantiles de México.