

SOCIEDADES ANONIMAS ABIERTAS

Carlos Urenda Zegers
Profesor de Derecho Civil

Se esperaba la dictación de las Leyes N^{os}. 18.045 y 18.046 desde hace bastante tiempo. Algunos, con suma inquietud por la forma cómo pudieran afectar sus actividades y negocios; otros, con la esperanza de que realmente favorecieran la creación de un mercado de valores real y efectivo, y, finalmente, otros, no muy escasos, que esas leyes hicieran imposible la subsistencia de los llamados "grupos económicos", algunos por su ideología socialista y otros ignorando que ellos son absolutamente indispensables en una sociedad libre, pues al no poder existir desaparece, a la corta o a la larga, la propiedad privada sobre los medios de producción, cuya explotación eficiente en un mercado altamente competitivo exige capitales cada vez mayores que no están al alcance de los individuos aislados y, como consecuencia de ello, desaparece primero la libertad económica y, finalmente, la libertad política, al obligar al Estado a realizar aquellas cosas que deben realizarse y que la empresa privada no puede acometer por falta de capacidad económica.

Estas leyes, teniendo defectos, constituyen un paso adelante para la consolidación del modelo económico. Estimo que modernizan las instituciones a que se refieren y establecen una base operativa para los mercados de capitales y las sociedades anónimas que se irá perfeccionando con el tiempo, hasta constituir de ambas instituciones los instrumentos adecuados para la construcción de un mercado real y eficiente, como cimientos para perfeccionar la sociedad libre, que constituye la meta de la política económica del Gobierno militar.

Los grupos económicos subsistirán, pero deberán reducirse o crecer a menor velocidad, y su existencia y proyecciones serán mejor conocidas a la larga, existiendo sí algún riesgo, por los defectos de la ley, que impida la proliferación de los grupos económicos, lo que constituye otro de los elementos básicos para la consolidación definitiva del esquema económico, y, lo que es tanto o más grave, puede frenar su capacidad de asumir riesgos, al crear un régimen de terror entre quienes tienen capacidad empresarial, que desgraciadamente son muy pocos en este país, para emprender nuevos negocios.

A mi entender, el más grave defecto de la ley es la intangibilidad, imprecisión y vaguedad de los hechos constitutivos de delitos y cuasi-

delitos, que crean graves responsabilidades civiles y penales para quienes infrinjan sus normas.

En efecto, y de acuerdo con el artículo 136 de la Ley N^o 18.046 y otras normas, y con el pretexto de que ciertos actos o hechos son contrarios a las condiciones de equidad o imperantes en el mercado, o producen beneficios indebidos u otros similares, se sanciona hasta con la cárcel a los directores y gerentes de sociedades anónimas que tengan participación y no se hayan opuesto expresamente a ellos, y se crea una forma de responsabilidad solidaria bastante imprecisa, que constituye un factor muy perturbador. Parte de esas graves imprecisiones se debe a que en el hecho se han traducido conceptos y expresiones extranjeras con poca significación pragmática en nuestra realidad.

Hay que tener presente que en países en desarrollo como Chile, en que no existe realmente un mercado de valores, en que todavía el mercado financiero está en pañales y es débil, y en que las fluctuaciones de la actividad económica determinan inestabilidad en los negocios por la grave descapitalización de las empresas privadas a través de un proceso de veinte años que aún no se logra del todo revertir, las posibilidades de crecimiento deben, necesariamente, buscarse a través del endeudamiento de las empresas, sobre la base que ellas rinden lo necesario para cubrir intereses y amortizaciones, lo que siempre representa un principio de especulación, cuyo margen de tolerancia envuelve un riesgo de una dimensión muy difícil de anticipar y en cuya decisión la habilidad empresarial tiene su más importante significación.

En todo caso, y sin perjuicio del eventual efecto negativo anotado de las leyes comentadas por haber ido más allá de lo que resulta prudente en nuestra etapa de desarrollo, en cuanto no se adapten con una flexibilidad compatible con el modelo a la realidad que vive el país —lo que razonablemente debe esperarse de este Gobierno—, no hay duda de que estas leyes pueden traer como consecuencia ventajas en el funcionamiento de los mercados de valores y las sociedades anónimas, y consolidar el modelo económico-social fundado en la libertad con responsabilidad, que es el signo que lo caracteriza.

SOCIEDADES ANÓNIMAS

Los relatores que me han precedido en el uso de la palabra se han referido a la distinción entre sociedades anónimas abiertas y cerradas, al nombre, capital y administración de ellas, a la forma cómo se constituyen y a otras materias, en que la nueva ley contiene normas comunes a ambas clases de sociedades, de manera que a su respecto sólo me referiré a temas que no hayan sido tratados expresamente por ellos o en que yo disienta de lo que al respecto se ha expresado, como es el

caso de algunas opiniones vertidas por el profesor Chaná sobre la responsabilidad de los directores.

Desde luego, estimo que las modificaciones más salientes de la nueva ley se refieren a las siguientes materias:

- a. libertad para constituir, modificar y disolver las sociedades anónimas, que se deja entregada a los particulares y se elimina la intervención estatal;
- b. interrelación de intereses;
- c. responsabilidad de los directores, gerentes, auditores ante cada uno de los accionistas, y
- d. derecho a retiro.

La propia distinta definición de lo que es la sociedad anónima contenida en el Código de Comercio y en la nueva ley, constituye el antecedente doctrinario del cambio de filosofía del legislador, pues en el fondo se fortalece el concepto del Directorio-órgano o institución y se debilita el concepto de mandatarios de los accionistas en conjunto y, en el hecho, se transforma al Directorio y aún a cada uno de los directores en coadministrador más que en consejero de la sociedad, como resulta de hacer al Directorio representante legal de la sociedad, sin perjuicio de la representación del gerente y de la responsabilidad personal de los directores de actos propios de la administración y en que teóricamente no les cabría intervención alguna.

Sobre el capital de la sociedad, me parece no haber oído nada en cuanto al aumento automático y de pleno derecho del capital y del valor de las acciones proveniente de la distribución de la revalorización del capital propio junto con la aprobación del balance de cada ejercicio y sin necesidad de cumplir al respecto ninguna formalidad, ni en cuanto a que la transferencia de acciones no necesita ser aprobada por el Directorio, pudiendo negarse su inscripción en el Registro de Accionistas sólo en el caso de que la transferencia no cumpla las formalidades mínimas que establezca el reglamento.

Las acciones de industria y de organización, que se eliminan según el artículo 13 de la ley, según lo expresó don Alberto Pulido, se extinguirán a los dos años de la vigencia de la nueva ley, salvo que fueren eliminadas o substituidas por acciones ordinarias o preferidas en un plazo menor, y deberá fijarse dentro del plazo de dos años contados de la vigencia de la ley el plazo de duración de los privilegios de las acciones preferidas y si no se hiciera se considera que ese plazo es igual al establecido en los estatutos para la duración de la sociedad.

Los problemas que se susciten sobre transferencia de acciones de las sociedades anónimas abiertas serán resueltos administrativamente por la Superintendencia y los que se susciten en las sociedades anónimas ce-

rradas serán resueltos por la justicia ordinaria, salvo que se haya previsto arbitraje.

El artículo 16 establece la reajustabilidad automática de acuerdo con las fluctuaciones de la unidad de fomento de los saldos insolutos por las acciones suscritas y no pagadas, tanto en cuanto al capital inicial como a los aumentos pagados posteriores.

Según el artículo 21, las preferencias podrán limitar o eliminar el derecho a voto, pero no establecer voto múltiple, lo que sí permitía la legislación anterior.

Se consagra por el artículo 25 la opción de renunciar y transferir el derecho a suscribir acciones de aumento de capital y de debentures convertibles en acciones, lo que la jurisprudencia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras no aceptaba en la legislación anterior.

El artículo 80, inciso 2º dispone que la prenda sobre acciones, salvo estipulación contraria, se extiende a las correspondientes acciones liberadas que se emitan con posterioridad a la constitución de la prenda.

Los dividendos superiores a los obligatorios en la parte en que los excedan y que la ley denomina adicionales, se pagan en la época que la Junta o el Directorio, en su caso, determinen y se podrán pagar en el caso de las sociedades abiertas otorgando opción para recibirlos en dinero, acciones liberadas o acciones de sociedades anónimas abiertas que la empresa tenga en cartera, por acuerdo de mayoría en la Junta. Si nada dice el accionista, se entiende que opta por recibirlo en dinero.

El dividendo se hace exigible a los treinta días de acordado por la Junta, lo que debe certificar la Superintendencia o Notario Público según que se trate de sociedades anónimas abiertas o cerradas; a partir de ese lapso empieza a reajustarse de acuerdo con la variación de la Unidad de Fomento y a devengar intereses corrientes para operaciones reajustables.

Se elimina el cierre del Registro de Accionistas tanto para la distribución de dividendos, como para la celebración de Juntas, etc., y para todos los efectos los derechos de los accionistas se determinan según quienes lo fueren a las fechas que indica la ley.

RESPONSABILIDADES

Sin perjuicio de lo que a este respecto manifesté al comienzo y de lo que expondrá más adelante otro de los relatores, la realidad es que la ley, en general, es menos rigurosa que lo que se ha comentado por muchos de quienes la impugnan.

En efecto, como regla general, la ley consagra la norma de que los directores y el gerente deberán emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus

propios negocios, lo que implica que responden por sus actuaciones hasta de la culpa leve, lo que es perfectamente lógico y razonable y en nada altera la situación anterior en que por ser mandatarios remunerados respondían también hasta de la culpa leve.

Es cuestionable la conveniencia de que los directores y el gerente respondan por sus actuaciones directamente a los accionistas por lo que ya dije al comienzo, pues está confirmado por la experiencia lo que ha ocurrido en otros países en que existe esta responsabilidad directa. Este es un cambio fundamental respecto de la situación actual en que los directores o gerentes responden ante el conjunto de los accionistas reunidos en asamblea y no ante los accionistas individualmente considerados, con quienes no están ligados por la responsabilidad contractual, pues son mandatarios de ellos en conjunto.

Este concepto se refuerza al dejar expreso testimonio el artículo 41 de la nueva ley de que la aprobación por la Junta a la memoria y balance y a cualquiera otra cuenta de información general, no libera a los directores de la responsabilidad que les corresponda por actos o negocios determinados, ni la aprobación específica de éstos los exonera de aquella responsabilidad cuando se hubieren celebrado o ejecutado con culpa leve, grave o dolo.

En general, la ley no modifica las normas generales de derecho en cuanto a que las personas se presumen inocentes mientras no se demuestre lo contrario y que incumbe probar la culpa a quienes la alegan, sin perjuicio de que establezca algunos casos de presunciones legales, o sea, que aceptan prueba en contrario y una sola presunción de derecho, esto es, que no admite tal prueba y que por lo demás estaba establecida en el artículo 103 del D.F.L. N° 251.

Si se examinan las normas legales pertinentes, se llega a la conclusión de que las presunciones establecidas por el legislador para perseguir las responsabilidades de los directores y gerentes son, en general, razonables.

Al efecto, sólo se presume de derecho su culpabilidad cuando quien persigue la responsabilidad de un director o de un gerente demuestra que en una negociación, acto, contrato u operación de una sociedad anónima, un director tiene interés, ya sea personalmente o por su cónyuge, pariente, o sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño directo o indirecto de un 10% o más de su capital.

Sin embargo, esta presunción de derecho de culpabilidad del director no exonera a quien lo acuse, de su obligación de demostrar la existencia de la negociación, acto, contrato u operación, la participación directa o indirecta en él del director, el perjuicio social y el beneficio obtenido. O sea, demostrada la concurrencia de estos hechos por el detractor, no

puede el director alegar su falta de culpabilidad para responder de los perjuicios causados.

Las demás presunciones son de carácter legal, esto es, admiten prueba en contrario y constituyen una excepción a la regla general en cuanto a que quien alega la culpa debe probarla, lo que tiene la justificación en la característica de las circunstancias de que se trata y de la mayor responsabilidad que debe exigirse a quienes desempeñan cargos de directores y gerentes de empresas, que a sus accionistas.

El análisis de cada una de estas presunciones lleva a la conclusión de que tienen una base razonable.

En efecto, ellas son las siguientes:

1) Se presume, según el artículo 45, la culpabilidad de los directores si se ocasionan perjuicios (que deben ser demostrados por quienes lo pretendan) en razón de que la sociedad no lleve sus libros o registros, haya repartido dividendos provisorios habiendo pérdidas acumuladas u oculte sus bienes, reconozca deudas supuestas o simule enajenaciones, actos que también debe probar el detractor;

2) Se presume, según el artículo 102, el conocimiento de los directores, liquidadores y gerentes de una sociedad anónima fallida, si la sociedad hubiera celebrado convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de los demás y si después de la cesación de pagos hubiere pagado a un acreedor en perjuicio de los demás anticipando o no el vencimiento del crédito, y

3) Finalmente, se presumen culpables, según el artículo 106, los directores y el gerente de una sociedad anónima cerrada que haya sido disuelta por sentencia judicial ejecutoriada o de una sociedad anónima abierta cuya existencia haya sido revocada por la Superintendencia, a menos que constara expresamente su falta de participación o su oposición a los hechos que hayan servido de fundamento a la resolución judicial o administrativa.

Si se analiza con cuidado cada una de estas presunciones legales, se comprueba que se refieren a negociaciones, hechos o actos de extraordinaria gravedad y de las cuales normalmente un directorio que se respeta debiera estar bien informado. A mayor abundamiento, conociéndose estos casos, no será difícil que los directores tomen las adecuadas precauciones para hacer constar en actas su preocupación por todas aquellas negociaciones, actos o hechos en que pueda presumirse en su contra cierto grado de responsabilidad, en términos de que quede testimonio en actas de su disidencia en aquellos casos en que corresponda o de su insistencia en que se cumplan las condiciones que en cada caso deben concurrir para evitar que se produzcan situaciones de que ellos sean responsables sin tener intervención en los respectivos negocios, actos o hechos.

De esta manera, a mi entender, en el texto definitivo de la ley se suavizaron muchas normas evidentemente antijurídicas e inconvenientes que se conocieron al comienzo.

INTERRELACIÓN DE INTERESES

Se establecen en los artículos 86 y 88 normas que definen las sociedades filiales y coligadas prohibiendo tener participación recíproca en sus respectivos capitales, ni aún en forma indirecta, y se establece un plazo de dos años a contar de la vigencia de la ley para deshacer estas situaciones. Esta norma agravará aún más el problema que tan seriamente afecta a la empresa privada de falta de capitales y de capacidad empresarial, los recursos más escasos en este país. Los fines de transparencia habrían podido lograrse de otra manera.

Se definen como filiales de una sociedad anónima aquéllas en que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto, o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o puede elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores administradores.

Es sociedad coligada con una sociedad anónima aquélla en que ésta posea directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital con derecho a voto, o del capital si no se tratare de una sociedad por acciones y puede elegir o designar o puede hacer elegir o designar por lo menos un director de la misma.

En el caso de sociedades en comandita serán también sociedades filiales o coligadas de una anónima cuando ésta, en el primer caso, tenga el poder para dirigir u orientar la administración del gestor y, en el segundo caso, cuando la sociedad anónima pueda participar en la designación del gestor o en la gestión de la empresa.

La prohibición de participación recíproca rige aun cuando la matriz o la coligante no fueren sociedades anónimas, siempre que sí lo sea a lo menos una de sus filiales o coligadas.

Finalmente, se establece a este respecto, sin perjuicio de otras disposiciones sin mayor trascendencia, que las operaciones entre las sociedades coligadas, entre la matriz y sus filiales y de estas últimas entre sí, o con las coligadas, deberán observar condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado y que los administradores de unas y otras serán responsables de las pérdidas o perjuicios que pudiesen causar a las sociedades que administren con infracción a estas normas.

También ellas se aplican cuando la matriz o la sociedad coligante, en su caso, no fueren una sociedad anónima.

DERECHO A RETIRO

El artículo 69 de la nueva ley concede a los accionistas disidentes con los acuerdos adoptados por la Junta de Accionistas en ciertas materias el derecho a retirarse de la sociedad previo pago por ella del valor de sus acciones.

Tal derecho procede cuando la Junta de Accionistas hubiere aprobado la transformación o fusión de la sociedad, la enajenación de su activo o pasivo o el total de su activo, la creación de preferencias para una serie de acciones o el aumento o la reducción de las ya existentes y en todos aquellos otros casos que expresamente hubieren establecido al respecto los estatutos.

Es accionista disidente el que concurre a la Junta y vota en contra del acuerdo o aquel que no concurre a la Junta y manifiesta su disidencia dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la Junta.

Este derecho comprende nada más que las acciones que hubiere tenido el disidente inscritas en el Registro de Accionistas a la fecha que determina su derecho a participar en la respectiva Junta.

Frente a una disidencia, el Directorio puede convocar a una nueva Junta que deberá celebrarse en los 30 días siguientes al vencimiento del plazo de 30 días a que nos hemos referido y dentro del cual deben manifestarse las disidencias, a fin de que esa Junta reconsidere o ratifique los acuerdos correspondientes.

Si hay revocación, caduca el derecho a retiro. En caso contrario, mantiene su vigencia y el precio de las acciones debe pagarse dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la celebración de la Junta en que se tomó el acuerdo y si no se pagare en ese plazo, el precio se expresa en unidades de fomento y devenga intereses corrientes a contar del vencimiento del referido plazo.

Si las acciones se cotizan en bolsa, el precio que debe pagar la sociedad al disidente es el valor de mercado y, en caso contrario, es el valor de libros de la acción, determinados en la forma que fija el reglamento.

DIVISIÓN, TRANSFORMACIÓN Y FUSIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Se consagran específicamente en la ley las aplicaciones prácticas que se venían realizando en el pasado sobre estas mismas materias y las normas que al respecto aplicaba la Superintendencia del ramo.

Sin embargo, se acepta la idea de que en el caso de división de sociedades, la o las nuevas sociedades que se constituyan podrán tener estatutos diferentes a los de la sociedad que se divide.

Asimismo, se establece que en los casos de fusión no procede la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas.

En lo demás y, para los efectos prácticos, como ya lo hemos expresado más arriba, se consagran en la ley las prácticas y normas administrativas que hasta la fecha se han estado aplicando en estas materias.