

INFORMATIVO N° 264

LEY 20.190, DE 5 DE JUNIO DE 2007, QUE “INTRODUCE ADECUACIONES TRIBUTARIAS E INSTITUCIONALES PARA EL FOMENTO DE LA INDUSTRIA DE CAPITAL DE RIESGO Y CONTINUA EL PROCESO DE MODERNIZACION DEL MERCADO DE CAPITALES (II PARTE)”.

Valparaíso, 24 de Julio de 2007
C-493

Estimado(s) Señor(es):

En nuestro Informativo N° 258, de 15 de junio de 2007, señalamos que en el Diario Oficial N° 38.780, de 5 de junio de 2007, apareció publicada la Ley N° 20.190, que “Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales”, comúnmente conocida como MKII.

En el Informativo N° 258, señalamos los cuerpos legales que han sido modificados por esta ley y, cuando la materia se estimó relevante por tratarse de asuntos que nos pueden ocupar con mayor frecuencia, se agregaron comentarios adicionales. Precisamente, esta fue la situación de las modificaciones introducidas al Decreto con Fuerza de Ley N° 251 de 1931, sobre Compañías de Seguro y, en especial, el artículo 14 de la Ley N° 20.190, que dicta normas sobre prendas sin desplazamiento y crea el registro de prendas sin desplazamiento. Por último, se dio alguna información con respecto al artículo 17, que introduce modificaciones al Código de Comercio que, en lo más esencial, consisten en la incorporación a nuestro derecho de las que denomina “sociedades por acciones”.

En esta ocasión **queremos ahondar en la incorporación a nuestro derecho de las “sociedades por acciones”.**

De acuerdo al **informe de la Comisión de Hacienda**, recaído en este proyecto de ley, “las empresas de capital del riesgo requieren estructuras sociales flexibles en la determinación de derechos y obligaciones, así, la sociedad anónima cerrada responde a ciertos principios de protección de minoritarios que no la hacen adecuada a esta industria, a la vez que la sociedad de personas impone altos costos de transacción y una lógica no orientada al movimiento fluido de capital, sino a dar relevancia a la identidad del socio respectivo”.

Valga esta cita para destacar que el objetivo de las sociedades por acciones (en adelante, “SpA”), ha sido **incentivar la inversión de capital de riesgo, a través de una sociedad de capital flexible en la cual se han liberalizado ciertos principios existentes en la sociedad anónima.**

Las novedades más importantes de las “SpA”, son las siguientes:

- 1.- La “SpA” es una **sociedad siempre mercantil**, cuya participación en el capital social se representa por acciones nominativas y en que los accionistas sólo responden hasta el monto de sus respectivos aportes.
- 2.- En silencio del estatuto y de la ley, la “SpA” se **rige supletoriamente por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas.**
- 3.- La “SpA” **puede ser una sociedad de carácter unipersonal**, esto es, es posible crearla como unipersonal (artículo 424 del Código de Comercio) y no se disuelve por reunirse todas las acciones en manos de un mismo accionista (persona natural o jurídica), salvo que el estatuto así lo disponga (artículo 444 del Código de Comercio). Esta es una característica absolutamente novedosa en nuestro Derecho, pues con anterioridad a esta ley la sociedad siempre suponía dos o más socios.
- 4.- En cuanto a **la constitución de este tipo de sociedad**, adicionalmente a la escritura pública, se permite su constitución a través de un instrumento privado autorizado y protocolizado ante Notario Público.

De igual forma, las reformas a los estatutos efectuadas por la Junta de Accionistas, podrá ser formalizada en actas que luego se reducirán a escritura pública o protocolizada. Sin embargo, no se requerirá la celebración de la Junta si la totalidad de los accionistas suscriben una escritura pública o un

instrumento privado protocolizado en que conste tal modificación. Esto es, si se cuenta con el 100% de las acciones emitidas, se podrá directamente efectuar la reforma mediante la suscripción de una escritura pública o instrumento privado protocolizado.

En todo caso, se mantiene la necesidad de inscripción en el Registro de Comercio y publicación en el Diario Oficial de un extracto del acto de constitución social y sus modificaciones. El plazo para efectuar dichos trámites de inscripción y publicación se ha acordado a un mes.

- 5.- **Se ha establecido expresamente la posibilidad de que el saneamiento de las nulidades que afecten la constitución y modificación de la sociedad por acciones se efectúe de conformidad a la Ley 19.499, de Saneamiento de Vicios de Nulidad de Sociedades.**
- 6.- **El estatuto social**, según dispone el artículo 425 del Código de Comercio, deberá expresar las siguientes materias:
 - a) El nombre de la sociedad, que deberá concluir con la expresión “SpA”;
 - b) El objeto de la sociedad, que será siempre considerado mercantil;
 - c) El capital de la sociedad y el número de acciones en que el capital es dividido y representado;
 - d) La forma como se ejercerá la administración de la sociedad y se designarán sus representantes; con indicación de quienes la ejercerán provisoriamente, en su caso, y
 - e) La duración de la sociedad, la cual podrá ser indefinida y, si nada se dijere, tendrá este carácter.
- 7.- En cuanto a **la administración**, se destaca la circunstancia que la ley ha dejado en libertad a los accionistas para decidir si la administración recaerá en uno o más administradores, en un directorio o en otra forma de administración social. Sin perjuicio de lo anterior, según dispone el artículo 431 del Código de Comercio, al menos la administración deberá estar conformada por administradores y un gerente general.

- 8.- De igual forma, **serán de la naturaleza del contrato** la mención de la duración de la sociedad y del domicilio social. Por consiguiente, en caso de omisión de la indicación de la duración determinada, la “SpA” será indefinida y, a falta de domicilio, éste será el del lugar del otorgamiento del acto de constitución social.
- 9.- Asimismo, el estatuto deberá establecer **los medios de comunicación entre la sociedad y los accionistas** (artículo 445 del Código de Comercio). En silencio del estatuto, se utilizará el correo certificado.
- 10.- Según establece el artículo 441 del Código de Comercio, **las diferencias entre los accionistas, los accionistas y la sociedad o sus administradores o liquidadores, y la sociedad y sus administradores o liquidadores**, deberán ser resueltas por **arbitraje**. El estatuto deberá indicar:
- El tipo de arbitraje y el número de integrantes del tribunal arbitral. A falta de estipulación, conocerán de las disputas en única instancia un solo árbitro de carácter mixto, que no obstante actuar como arbitrador en cuanto al procedimiento, resolverá conforme a derecho, y
 - El nombre o la modalidad de designación de los árbitros y sus reemplazantes. En silencio, los árbitros serán designados por el tribunal de justicia del domicilio social. La posibilidad de indicar el nombre del árbitro en el estatuto resulta novedoso frente a las normas aplicables a la sociedad anónima, que no lo permiten.
 - En cuanto a los traspasos de acciones, el artículo 446 del Código de Comercio señala que en éstos deberá constar la declaración del cesionario en el sentido que conoce la normativa legal que regula este tipo social, en estatuto de la sociedad y la protección que en ellos puedan o no existir respecto del interés de los accionistas. La omisión de esta declaración no invalidará el traspaso, pero hará responsable del cedente de los perjuicios que ello irroque.
- 11.- Según establece el artículo 431 del Código de Comercio, **la sociedad deberá llevar un registro** en el cual se anotará, a lo menos, el nombre, domicilio y cédula de identidad o rol único tributario de cada accionista, el número de acciones de que sea titular, la fecha en que éstas se hayan inscrito a su nombre y tratándose de acciones suscritas y no pagadas, la forma y oportunidad de

pago de ellas.

Igualmente, en el registro deberá inscribirse la constitución de gravámenes y de derechos reales distintos al dominio. En caso de que algún accionista transfiera el todo o parte de sus acciones, deberá anotarse esta circunstancia en el registro.

Este registro puede llevarse por cualquier medio, en la medida que ofrezca seguridad de que no podrá haber intercalaciones, supresiones u otra adulteración que pueda afectar su calidad; que permita el inmediato registro o constancia de las anotaciones que deban hacerse y que esté en todo momento, disponible para su examen por cualquier accionista o administrador de la sociedad.

Por último, los administradores y el gerente general de la sociedad serán solidariamente responsables de los perjuicios que causaren a accionistas y a terceros con ocasión de la falta de fidelidad o vigencia de las informaciones contenidas en el registro de accionistas.

12.- **El estatuto podrá contener todos los pactos que los accionistas libremente puedan acordar.** A modo de ejemplo, será posible convenir pactos de desconcentración u otros relativos al porcentaje accionario, estableciendo porcentajes o montos mínimos o máximos de capital social que puede ser controlado por un accionista, como asimismo, podrán establecerse derechos de venta obligatoria de acciones a otros accionistas, de la sociedad o de terceros. En este caso, el estatuto deberá contener las disposiciones que regulen los efectos y establezca las obligaciones y derechos que nazcan para los accionistas. En su defecto, dichas estipulaciones se tendrán asimismo por no escritas.

13.- **En cuanto al capital, las acciones y el derecho a voto,** las novedades más relevantes son las siguientes:

a) Las acciones podrán ser ordinarias o preferidas. El estatuto deberá establecer en forma precisa las cargas, obligaciones, privilegios o derechos especiales que afecten o de que gocen una o más series de acciones. No será de la esencia de las preferencias su vinculación a una o más limitaciones en los derechos de que pudieran gozar las demás acciones.

- b) Cada accionista dispondrá de un voto por cada acción que posee o represente. Sin embargo, el estatuto podrá contemplar series de acciones sin derecho a voto, con derecho a voto limitado o a más de un voto por acción, posibilidad no autorizada en el caso de las sociedades anónimas (artículo 21 de la Ley N° 18.046). En este caso, deberá determinarse la forma de computar dichas acciones para el cálculo de los quórum.
- c) La sociedad podrá adquirir y poseer acciones de su propia emisión, salvo prohibición de contrario en el estatuto. Con todo, las acciones de propia emisión que se encuentren bajo el dominio de la sociedad, no se computarán para la constitución del quórum en las asambleas de accionistas o para aprobar modificaciones del estatuto social, y no tendrán derecho a voto, dividendo o preferencia en la suscripción de aumentos de capital.
- d) Las acciones adquiridas por la sociedad deberán enajenarse dentro del plazo que establezca el estatuto, y si nada se dijera al efecto, deberán enajenarse en el plazo de un año a contar de su adquisición. Si ello no ocurriere, el capital quedará reducido de pleno derecho y las acciones se eliminarán del registro.

En consecuencia, queda abierta la posibilidad de que exista “auto-cartera”, la cual, sin embargo, deberá enajenarse dentro del plazo que establezca el estatuto, y a falta de éste, dentro del plazo de un año.

- e) El estatuto podrá facultar de manera general o limitada, temporal o permanente, que los aumentos de capital sean efectuados por la administración, con el fin de financiar la gestión ordinaria de la sociedad o para fines específicos.

Desde luego esto es novedoso, pues la regla en materia de sociedad anónima es que todo aumento o disminución de capital debe ser aprobado por la Junta de Accionistas.

- f) El capital social y sus posteriores aumentos deberán quedar totalmente suscritos y pagados en el plazo que indiquen los estatutos, y si nada se dijere, el plazo será de 5 años (y no 3 como en la sociedad anónima), contados desde la fecha de constitución de la sociedad o del aumento

respectivo, según corresponda.

Como es usual, si no se pagare oportunamente al vencimiento del plazo correspondiente, el capital social quedara reducido al monto efectivo suscrito y pagado. Salvo disposición en contrario en los estatutos, las acciones cuyo valor no se encuentre totalmente pagado, no gozarán de derecho alguno.

- g) En los aumentos de capital no será obligatorio que la oferta de acciones de pago se realice preferentemente a los accionistas, sin perjuicio que así pueda establecerse en el estatuto.

Esta posibilidad es algo que hoy en día no existe en la regulación de las sociedades anónimas.

- h) De igual forma, el mismo artículo 439 del Código de Comercio (que es el artículo que establece que en los aumentos de capital no será obligatorio que la oferta de acciones de pago se realice preferentemente a las accionistas), señala que el estatuto podrá establecer que las opciones para suscribir acciones de aumento de capital de la sociedad o de valores convertibles en acciones de la sociedad, o de cualquiera otros valores que confieran derechos futuros sobre éstas, sean de pago liberadas, deban ser ofrecidos, a lo menos por una vez, preferentemente a los accionistas, a prorrata de las acciones que posean.

Se agrega que mientras estuviere pendiente una emisión de bonos convertibles en acciones, deberá permanecer vigente un margen no suscrito del aumento de capital por la cantidad de acciones que sea necesario para cumplir con la opción, cuando ésta sea exigible conforme a las condiciones de la emisión de los bonos respectivos.

- i) Tratándose de disminuciones de capital, no será necesario un quórum de dos tercios sino que se requerirá el acuerdo mayoritario de accionistas que establezca el estatuto. En caso de silencio, se necesitará la unanimidad. Adicionalmente, no será necesario esperar 30 días desde la publicación del extracto de la modificación social de disminución del capital ni publicar un aviso adicional en un diario de circulación nacional. Una vez perfeccionada la modificación estatutaria podrá procederse al reparto o a la adquisición de acciones que materialice la disminución de capital.

14.- Por último, **en materia de dividendos**, las particularidades son las siguientes:

- a) Se permite que el estatuto establezca que la sociedad deberá pagar un dividendo por un monto fijo, determinado o determinable a una serie de acciones.

Si las utilidades no fueren suficientes para pagar dicho dividendo, el accionista puede optar por acumular los dividendos adeudados, los cuales deberán pagarse preferentemente a otros dividendos en el futuro, sea en caso de futuras distribuciones o en la liquidación social, o bien, ejercer un derecho de retiro donde el precio puede establecerse de acuerdo a un valor de rescate convenido o el valor libro de la acción, más la suma de los dividendos insolutos acumulados a la fecha.

- b) De igual forma, se permite establecer un dividendo por utilidades provenientes de unidades de negocios o activos.

Las ganancias provenientes de dichas unidades o negocios no se computarán en las utilidades generales de la sociedad, hasta que hayan sido pagados dichos dividendos, los cuales además se pagarán sin importar los resultados generales de la empresa si no sólo los de la unidad o negocio.

Le(s) saluda atentamente,

TOMASELLO Y WEITZ
Leslie Tomasello Weitz