

Universidad de Chile
Facultad de Derecho

LA EXCLUSIÓN DE UN SOCIO
EN EL DERECHO SOCIETARIO CHILENO

*Memoria de Prueba para obtener el
Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas*

Departamento: Derecho Comercial
Profesora Guía: Juan Eduardo Palma Jara.
Alumno: José Antonio Velasco Alessandri.

2005

LA EXCLUSIÓN DE UN SOCIO EN EL DERECHO SOCIETARIO CHILENO

I - Introducción

El Derecho Comercial moderno, a la luz de una realidad tanto nacional como internacional donde el intercambio económico y comercial ha alcanzado una gran complejidad, requiere del desarrollo de instituciones jurídicas prácticas para permitir un buen desarrollo del comercio. Los entes societarios se han transformado en los grandes instrumentos e indiscutidos actores del intercambio comercial, y sustento jurídico para el desarrollo de los grandes proyectos económicos en el ámbito del Derecho Privado.

Aparece de manifiesto, entonces, que el derecho societario requiere de gran atención y dinamismo para poder aportar un marco jurídico apto para el desarrollo de la actividad comercial como base de toda economía, fundamental para el desarrollo y bienestar de una sociedad.

Por medio del presente trabajo se analiza y estudia la institución jurídica de la “Exclusión de un Socio”, institución que a la luz del derecho nacional, no ha sido muy desarrollada, olvidándose casi por completo su utilización y su tratamiento doctrinario, lo que queda de manifiesto en la completa falta de jurisprudencia nacional sobre esta materia.

La principal obra escrita sobre este tema, y ya clásica, es “La exclusión del socio” de Osmida Innocenti, obra escrita por el tratadista italiano a mediados del siglo pasado, la que si bien contiene un estudio acabado y profundo sobre el tema, ya no es suficiente para entender la gran utilidad que el instituto jurídico de la exclusión de un socio tiene en el derecho comercial moderno.

Desafortunadamente el derecho nacional no ha desarrollado la institución jurídica objeto de este estudio de forma de encontrar en ella una herramienta útil para conservar una sociedad, otorgando una salida a conflictos dentro del ente social que

permite proteger el funcionamiento y desarrollo de la misma en la consecución de su objeto social.

Las legislaciones comerciales más modernas, de los países con ordenamientos similares al nuestro, han consagrado la exclusión de un socio en sus modificaciones más recientes, reconociendo en esta figura jurídica un válido y útil instrumento para el desarrollo de la actividad comercial.

Frente a este descuido de nuestro derecho, nos ha parecido interesante, y ojalá de utilidad al lector, desarrollar el tema de la exclusión del socio, analizando su fundamento, naturaleza y alcance a la luz del actual derecho privado chileno, de forma de exponer el gran potencial práctico que la implementación de esta herramienta jurídica pudiere tener en el ámbito de las convenciones de los socios, aún sin una modernización de la norma por parte del legislador.

Para el desarrollo del presente trabajo nos ha parecido necesario comenzar por un análisis de las normas aplicables a los distintos tipos societarios y la naturaleza que éstas tienen, para luego continuar con una distinción de las figuras jurídicas similares a la exclusión de un socio, entrando a continuación a un análisis profundo del tema central a la luz del derecho societario nacional y la doctrina, concluyendo con un pequeño estudio de la aplicación de la exclusión de un socio en el derecho comparado.

II - Las Sociedades:

A - Regulación:

El Código Civil regula en los artículos 2.053 a 2.115 el contrato de sociedad y los distintos tipos sociales. Establece en dichos artículos las reglas generales sobre sociedades sean éstas civiles o comerciales, así también establece reglas sobre la administración de la sociedad colectiva y sobre la disolución de la sociedad.

Las normas del Código Civil son aplicables supletoriamente a las normas del Código de Comercio, y a su vez a las de leyes especiales. El Código de Comercio por su parte, carece de “parte general” sobre las sociedades, por lo que se remite a las normas del Código Civil.

El Código de Comercio regula sobre la sociedad colectiva comercial y la sociedad en comandita simple y por acciones. Las reglas de la sociedad anónima fueron derogadas y suplantadas por la Ley 18.046. Además existe otra ley especial, la Ley 3.918 sobre las sociedades de responsabilidad limitada.

B - Tipos Societarios en Chile:

En el presente trabajo y particularmente bajo el presente título nos abstendremos de tratar o referirnos a las sociedades que tienen un carácter especial, ya sean sociedades anónimas sujetas a regímenes especiales, sociedades mineras, de profesionales, etc., ya que consideramos que excede al ámbito de este trabajo por lo que no reviste utilidad para los objetivos propuestos el referirnos a ellas.

1. La Sociedad Colectiva:

a) La sociedad colectiva civil:

Se aplican preferentemente a esta sociedad las normas especiales que referidas a ella contiene el Título XXVIII del Libro IV del Código Civil y luego las reglas aplicables a toda sociedad. Subsidiariamente le son aplicables las normas civiles correspondientes. No cabe aplicar normas mercantiles por la especialidad que caracteriza a dicha legislación.

El artículo 2061 del cuerpo legal señalado define a la sociedad colectiva como “aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo”.

La doctrina aporta mejores definiciones que la señalada por el legislador, por lo que agregamos una de ellas: “Es una sociedad de personas, con personalidad jurídica, en que los socios tienen libertad de establecer su sistema de administración y en que además, responden cada uno de ellos del pago de las obligaciones sociales”¹.

Es importante señalar a la luz del artículo 2059 del Código Civil, que esta sociedad, para tener carácter civil, no se forma para realizar negocios calificados como “actos de comercio”.

b) La sociedad colectiva mercantil:

Está normada especialmente en los artículos 349 a 423 del Código de Comercio. El artículo 2º de dicho cuerpo legal dispone que en los casos que no estén resueltos por este Código se aplicarán las disposiciones del Código Civil.

¹ PUELMA ACCORSI, ÁLVARO, “Sociedades”, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 239 y 240.

A diferencia de la sociedad colectiva civil este contrato es un contrato solemne, y se forma para realizar negocios calificados como actos de comercio. Además en este tipo social la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales es solidaria, y ya no simplemente conjunta como en la sociedad colectiva civil.

2. La Sociedad En Comandita:

La legislación nacional reconoce la sociedad en comandita simple, civil y comercial, según se formen o no para realizar actos calificados como “actos de comercio”. El Código de Comercio, por su parte, reglamenta la sociedad en comandita por acciones.

a) La sociedad en comandita simple:

Como señalamos más arriba este tipo societario puede ser civil o comercial, y está regulado en los artículos 2061 a 2063 del Código Civil, y en el caso de la en comandita simple mercantil, especialmente en los artículos 474 a 490 del Código de Comercio. En el caso de la sociedad en comandita civil, se regirá por las normas especiales del tipo y subsidiariamente por las normas de las colectivas civiles; y en el caso de la en comandita mercantil se regirá por las normas especiales señaladas, subsidiariamente por las normas de las colectivas mercantiles y en subsidio de éstas por las normas del código civil.

Es aquella sociedad en que a uno o más de los socios llamados socios gestores o colectivos les compete exclusivamente la administración y representación de la sociedad, respondiendo, ilimitadamente de las obligaciones sociales (en forma simplemente conjunta o solidaria dependiendo del carácter civil o comercial que tenga, respectivamente). Está compuesta a su vez por uno o más socios comanditarios o capitalistas, que responden de las deudas sociales hasta el monto de sus respectivos aportes, y que están inhibidos de la administración y representación de la empresa.

b) La sociedad en comandita por acciones:

Este tipo social está tratado en el Código de Comercio, en el párrafo 11 del Título VII del Libro II (artículos 491 a 506) y siempre tendrá carácter mercantil. Señala el artículo 491 del mencionado código, que las normas de la en comandita simple mercantil rigen para este tipo social supletoriamente, y luego subsidiariamente las mismas normas que señalamos respecto de la en comandita simple mercantil.

La sociedad en comandita por acciones es aquella sociedad mercantil que se constituye por la reunión de un capital dividido en acciones o cupones de acción, suministrado por ciertos socios cuyo nombre no figura en la escritura social, y está compuesta también por uno o más de los llamados socios gestores o colectivos a quienes les compete exclusivamente la administración y representación de la sociedad, respondiendo, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales.

Es importante destacar que esta sociedad es una sociedad de capital respecto de los accionistas, lo que significa que en caso de fallecimiento, quiebra o incapacidad de uno de ellos, no se afecta la existencia de la sociedad. Lo que no ocurre respecto de los socios gestores, ya que a éstos se les aplican las normas de las sociedades colectivas mercantiles, salvo pacto en contrario.

3. La Sociedad de Responsabilidad Limitada:

La legislación de nuestro país no ha dado una definición de este tipo societario, por lo que recurriremos a dos definiciones que provienen de la doctrina nacional:

El profesor Puelma Accorsi se refiere a la sociedad de responsabilidad limitada como: “aquella sociedad solemne, de personas, con personalidad jurídica, sin fiscalización especial interna o externa, en que existe libertad para establecer el sistema de administración y representación, no respondiendo personalmente estos, frente a

terceros, de las obligaciones sociales; por regla general y en la que los derechos de los socios están representados por una cuota.”²

Carlos Gilberto Villegas define a las sociedades de responsabilidad limitada como: “aquellas sociedades “solemnnes”, donde los socios limitan su responsabilidad a los aportes realizados, y cuyo objeto, administración y fiscalización interna pueden ser libremente pactados por los socios.”³

Este tipo societario, al igual que las sociedades colectivas podrá ser civil o comercial atendiendo a si los negocios para los cuales es constituida tienen o no el carácter de actos de comercio.

La sociedad de responsabilidad limitada se rige por las normas establecidas en la Ley 3.918 sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada. Sean civiles o comerciales, por expresa remisión de la Ley 3.918 en sus artículos 2º, 3º y 4º, a este tipo societario se le aplican: los artículos 350, 353, 354, 355, 355 a), 356, 357 inciso primero y 358 a 360 del Código de Comercio, y el artículo 2104 del Código Civil. Además el inciso 2º del artículo 4 de la Ley 3.918 señala que estas sociedades se rigen además por las normas de las sociedades colectivas, de lo que debemos entender que en el caso de tener el carácter de mercantil se regirá supletoriamente por las normas de las sociedades colectivas del Código de Comercio, y supletoriamente a éstas por las del Código Civil; y en el caso de tener un carácter civil, se regirán supletoriamente, sólo, por las normas del Código Civil.

4. La Sociedad Anónima:

En nuestro derecho la sociedad anónima está definida tanto en el Código Civil, en su artículo 2.061 inciso tercero, como en la Ley 18.046 en su artículo 1º, en los mismos términos:

² PUELMA ACCORSI, ÁLVARO, *op.cit.* p. 284.

³ VILLEGAS, CARLOS GILBERTO, “Tratado de las Sociedades”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, p. 270.

Artículo 1º de la Ley 19.046: “La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.

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

Así, encontramos que el concepto legal destaca las características más importantes de este tipo societario: - La existencia de un fondo común, que no es otro que el capital social integrado por el aporte de los socios.

- La pluralidad de socios denominados “accionistas”.

- La limitación de la responsabilidad de los socios accionistas hasta el monto de sus respectivos aportes de capital.

- La existencia de un “Directorio”, órgano encargado de ejercer la administración de la sociedad, cuyos miembros son esencialmente revocables.

- El inciso segundo del citado artículo 1º de la Ley 18.046, señala además el carácter mercantil que siempre tiene la sociedad anónima, independientemente de la naturaleza de los negocios para los cuales la sociedad se forma.

La normativa que regula a la sociedad anónima está contenida en la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas y por las normas legales aplicables a todo tipo de sociedad con personalidad jurídica, contenidas en el Código Civil y las normas generales sobre obligaciones y contratos mercantiles contenidas en el Código de Comercio. Así también complementa a la Ley 18.046 el Reglamento de Sociedades Anónimas, contenido en el Decreto Supremo Nº 587 del Ministerio de Hacienda.

Sociedades anónimas abiertas y cerradas:

La Ley 18.046 distingue además entre sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas cerradas.

“Artículo 2º. Las sociedades anónimas pueden ser de dos clases: abiertas o cerradas.

Son sociedades anónimas abiertas:

- 1) Aquellas que tienen 500 o más accionistas.
- 2) Aquellas en las que, a lo menos el 10% de su capital suscrito pertenece a un mínimo de 100 accionistas, excluidos los que individualmente, o a través de otras personas naturales o jurídicas, exceden dicho porcentaje, y
- 3) Aquellas que se inscriban en el Registro de Valores voluntariamente o en cumplimiento de una disposición legal.

Son sociedades anónimas cerradas las no comprendidas en el inciso anterior. Sin embargo, las sociedades anónimas cerradas que acuerden en sus estatutos someterse a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas o que por disposición legal estén obligadas a hacerlo, deberán inscribirse en el Registro de Valores.

Las sociedades anónimas abiertas quedarán sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, en adelante la Superintendencia, y deberán inscribirse en el Registro de Valores y observar las disposiciones legales especiales que les sean aplicables.

La Superintendencia podrá, mediante norma de carácter general, establecer categorías de sociedades anónimas abiertas para efectos de la fiscalización, pudiendo establecer normas y requisitos de funcionamiento e información simplificados, cuando se trate de sociedades que no hagan oferta pública de sus valores o que la transacción de los mismos no sea relevante para el mercado de valores.

Las sociedades anónimas que dejen de cumplir las condiciones para ser consideradas abiertas o que se hayan inscrito voluntariamente en el Registro de Valores, continuarán afectas a las normas que las rigen, mientras la junta extraordinaria de accionistas no acordare lo contrario por los dos tercios de las acciones con derecho a voto. En este caso, el accionista ausente o disidente tendrá derecho a retiro.

Cada vez que en esta ley se haga referencia a las sociedades sometidas a la fiscalización, al control o a la vigilancia de la Superintendencia, o se empleen otras expresiones análogas, se entenderá salvo mención expresa en contrario, que la remisión es a las sociedades anónimas abiertas.

Las disposiciones de la presente ley primarán sobre los estatutos de las sociedades que dejen de ser cerradas, por haber cumplido con algunos de los requisitos establecidos en el inciso segundo del presente artículo. Lo anterior es sin perjuicio de la obligación de estas sociedades de adecuar sus estatutos a las normas de la presente ley, conjuntamente con la primera modificación que en ellos se introduzca.”

Del artículo recién transcrito podemos advertir con claridad la marcada diferenciación entre sociedades anónimas abiertas y cerradas, así como la diferente regulación que estas dos clases de sociedades tienen.

Nos encontramos, en el caso de las sociedades anónimas abiertas, con un régimen legal compuesto de múltiples normas de orden público, en donde la autonomía de la voluntad de los socios accionistas se ve muy limitada en cuanto al funcionamiento, actuación y organización de la sociedad. La fuerte fiscalización y regulación social se desprende de la gran importancia que estas sociedades tienen, velando el legislador por su correcto funcionamiento, sacándolas del ámbito de las normas del derecho privado, regulando su actividad con múltiples normas de derecho público que no podrán ser modificadas por la simple voluntad de los socios. Es así como la gran importancia de esta clase de sociedades anónimas recae en el capital y ya no en la persona de los socios, siendo la sociedad de capital por excelencia.

En el caso de las sociedades anónimas cerradas, nos encontramos con una regulación legal menos minuciosa, en que el ámbito del derecho privado tiene mayor aplicación, no siendo fiscalizadas tan estrictamente como sus hermanas abiertas. En esta clase de anónimas hay un amplio espacio para la acción de la autonomía de la voluntad, pudiendo estimarse que la calidad de las personas de los socios puede ser un elemento determinante al momento de contratar o constituir la sociedad.

En el presente trabajo sólo consideraremos en nuestro estudio y análisis a la sociedad anónima cerrada, por ser la de mayor recurrencia en nuestro medio jurídico.

C - Sociedades de Personas y de Capital:

Esta distinción de las sociedades tiene una importancia fundamental en el presente trabajo, como se verá durante el desarrollo del mismo y especialmente en el título VII, “Fuentes y causales del derecho de exclusión en Chile” al referirnos a las causales legales y la posibilidad de aplicación de las normas de la sociedad colectiva mercantil a la sociedad anónima cerrada.

La doctrina en general ha considerado como sociedades de personas aquellas en que la persona de los socios constituye una condición determinante para la celebración y subsistencia de la sociedad, y de capital, aquellas donde dicha condición determinante no está presente.

“Los autores italianos Giuseppe Auletta y Niccolo Salanitro al tratar de las diferencias entre la sociedad de personas y de capital, señalan, que en las primeras el legislador supone que cada socio decidió formar parte de la sociedad en consideración de la persona de los otros socios, y del amplio poder de administración de la sociedad, por los socios, que existe en esta clase de sociedades. La disciplina de tales sociedades está inspirada en que la cuota social es intransferible sin el consenso de todos los socios o de cierta mayoría. Las sociedades de capital importan la menor importancia atribuida a la persona del socio respecto de la mayor atribuida a su aporte que es que le da derecho a designar administradores en junta.”⁴

Podemos distinguir en las sociedades de personas un contrato *intuito personae*, entendiendo por tal aquél que se celebra en atención de la identidad y calidad de las personas con las que se contrata. El profesor Puelma señala que “en esta clase de sociedades el cambio de socio requiere del consentimiento unánime. La muerte o interdicción y quiebra del socio pueden causar la disolución de la compañía”⁵.

En las sociedades de capital, encontramos que cobra importancia el elemento *intuito in rei* del contrato, recayendo la importancia en el capital, valores y bienes, no interesando mayormente la persona del socio, de forma que son libremente cedibles

⁴ PUELMA ACCORSI, ÁLVARO, *op. cit.* p. 164 y 165.

⁵ *Ibidem* p. 164.

sus derechos y no afecta a la vida de la sociedad las vicisitudes que pueden afectar a la persona del socio.

En nuestro derecho la sociedad típica de capital es la anónima, y dentro de ella la anónima abierta por esencia, y la sociedad típica de personas es la sociedad colectiva. Los otros tipos sociales serán de capital o de personas según se asemejen más a una u otra de las sociedades anteriores, pudiendo advertirse así un carácter mixto, que se verá determinado tanto por el tratamiento legal como convencional, en contratos, convenios, estatutos y pactos de accionistas.

III - Naturaleza jurídica de las normas que regulan las sociedades:

Consideramos de gran utilidad para los fines de este trabajo, hacer un breve estudio de la naturaleza jurídica de las normas que regulan el derecho societario en Chile. No sólo este tema es de gran interés en sí, sino que además, a través de su análisis podemos llegar a conclusiones fundamentales para desarrollar el tema principal de este estudio, cual es la exclusión del socio en el derecho chileno, que como es evidente se encuentra íntimamente relacionado, estando inserto, en el marco regulatorio que el legislador chileno ha establecido.

Para el desarrollo de este tema hemos preferido analizar de forma separada las sociedades anónimas del resto de las formas societarias, así como también repasar los conceptos fundamentales en esta área del derecho, como son, los principios de la Autonomía de la voluntad, de Orden Público y de Orden Público Económico, como se verá a continuación.

A – Respeto de las Sociedades en general:

Sin entrar en el tema de si las sociedades son un contrato, una institución o alguna otra especie jurídica, remitámonos a los conceptos que nos da nuestro ordenamiento jurídico.

El Código Civil define la sociedad en su artículo 2.053: “La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan.

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

Así también en el artículo 2.061 del mismo cuerpo legal, en su inciso primero, se señala: “La sociedad sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita o anónima”.

La Ley de Sociedades Anónimas, Ley 18.046, señala en su artículo 1º: “La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.

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

La definición anterior es muy similar a la que dispone el Código Civil en el inciso final del artículo 2.061, que dispone: “Sociedad anónima es aquella formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables.”

Hay un énfasis, como se puede ver, por parte del legislador en destacar que la sociedad es una persona jurídica. De las normas transcritas es fácil desprender, que más allá de las teorías acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad, ésta es una persona jurídica que encuentra su origen en la voluntad de las personas. Así también, y de conformidad con lo señalado en los artículos 3, 4, 5, y 6 de la Ley sobre Sociedades

Anónimas (Ley N° 18.046), se puede señalar con certeza, que salvo las excepciones legales, el sistema de modificación de constitución y modificación de una sociedad anónima, en el ordenamiento legal vigente en Chile (desde la dictación de la Ley 18.046, publicada en el Diario Oficial el 22 de Octubre de 1981), es un sistema regido principalmente por el principio de la Autonomía de la voluntad, siendo privatístico de la voluntad de las partes, encontrando así su origen en la voluntad humana, que es pues la verdadera creadora de una sociedad anónima, determinando su ser y su obrar dentro del principio de la vinculación positiva de los entes jurídicos al Derecho.

De lo señalado, se concluye que, en principio, es la voluntad de las partes que, de conformidad a la Ley, dará vida a la sociedad, determinando su ser y su obrar en su máxima expresión.

1. Principio de la Autonomía de la Voluntad:

Es pertinente revisar el alcance de la voluntad humana como fuente de las obligaciones, y las limitaciones que el concepto de orden público establece, de forma de poder determinar el alcance y las implicancias de estas limitaciones sobre la eficacia de las normas que regulan el derecho societario.

El Código Civil en su artículo 1.437 señala: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

Sin perjuicio de lo establecido en la norma transcrita, la doctrina se encuentra conteste respecto a que existen otras fuentes de las obligaciones, estimando así que el silencio como manifestación de voluntad y la declaración unilateral de voluntad, son también fuentes de las obligaciones, lo que se desprende de numerosas normas legales, en que estas fuentes cobran valor.

El artículo 1.445 del Código Civil dispone: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1.º que sea legalmente capaz; 2.º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.º que recaiga sobre un objeto lícito; 4.º que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”

Siguiendo en esta materia, el artículo 1.461 del Código Civil, establece: “No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije las reglas o contenga datos, que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”

Siguiendo el repaso de las normas que atañen a este tema, en el artículo 1.467 del Código Civil, el legislador dispone: “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

Con posterioridad el artículo 1.545 del cuerpo legal ya citado, establece: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

De las normas transcritas, se concluye necesariamente que en el ámbito del derecho privado es plenamente válido el aforismo consistente en que los particulares

pueden hacer todo aquello que deseen salvo que les esté expresamente prohibido por ley, rigiendo así ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad y de la libre contratación.

De lo señalado cabe desprender que la regla en el derecho privado que nos ha de servir en la interpretación de las leyes, es aquella que establece la autonomía de la voluntad y el principio de la libre contratación, y que sólo podrá ser limitado al así establecerlo la ley, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 19 al 24 del Código Civil y particularmente este último.

Para comprender y explicar el principio de la autonomía de la voluntad al que nos hemos referido, debemos remitirnos a la doctrina. Los autores han llegado a la conclusión de que este principio vigente en el ámbito del Derecho Privado es un principio cuya aplicación es de carácter general, y que es por lo tanto una de las bases en las que descansa nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito de lo privado.

“El principio fundamental, en lo concerniente a las relaciones jurídicas de un orden económico o patrimonial, es la libertad de las convenciones. En materia civil, se entiende que lo que no está expresamente prohibido por la ley, es permitido realizarlo; principio que reconoce nuestro Código Civil en el artículo 1.545, que dice que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales”⁶.

“Siendo la voluntad la base del acto o contrato, es natural que tenga en el derecho un gran campo de aplicación, que pueda crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. Pues bien, a esto, es lo que se le denomina el principio de la autonomía de la voluntad, que también se traduce en un adagio muy conocido: “En derecho privado se puede hacer todo lo que la Ley no prohíbe expresamente”.⁷

⁶ BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO, “Curso de Derecho Civil. Primer año”, Editorial Nascimento, pp. 122 y 123.

⁷ VODANOVIC H., ANTONIO, “Curso de Derecho Civil”, Editorial Nascimento, 1942, pp. 353 y 354.

“La autonomía de la voluntad se puede definir diciendo que es la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar sus contenidos, efectos y duración.”⁸

“El principio de la Autonomía de la Voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce”.⁹

De las citas transcritas es clara la regla que señalamos anteriormente, en cuanto a que el principio de la autonomía de la voluntad es el pilar básico que gobierna el derecho privado, sustentando a su vez el nacimiento y el cumplimiento de las obligaciones en nuestro ordenamiento jurídico; lo que se consagra expresamente en el ya citado artículo 1.545 del Código Civil, primer artículo que regula el Efecto de las Obligaciones como lo prescribe el Título XII del Libro 4º del Código Civil, por lo que no puede dudarse de su carácter general dentro del Derecho Privado chileno.

De lo anteriormente señalado podemos sostener que la regla general es la autonomía de la voluntad, en su más amplia expresión ya señalada.

El principio de la autonomía de la voluntad, no obstante lo ya señalado, reconoce algunas limitaciones, como se señaló pertinentemente. Dentro de estas limitaciones encontramos la noción de orden público, de conformidad a lo prescrito en los artículos ya citados, y especialmente en los artículos 1.461 y 1.467 del Código Civil, ya señalados.

2. Orden Público:

Por desgracia, este concepto de orden público no está definido en ninguna norma, siendo un concepto jurídico indeterminado en nuestro ordenamiento jurídico,

⁸ *Ibidem*, p. 353.

⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, “Los Contratos”, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 165. Cita a Jacques Flour.

tanto entre las normas de Derecho Privado como de Derecho Público; es por esto que nos vemos en la necesidad de recurrir nuevamente a la doctrina como a la jurisprudencia, para poder elaborar un concepto o idea acerca de lo que se entiende por orden público.

“Según su acepción más admitida, es el justo y armónico mantenimiento de las instituciones permanentes del Estado y de las leyes que organizan y reglamentan con el fin de promover al mejor bien de la sociedad y de la familia.”¹⁰

“Por orden público debe entenderse la situación de normalidad y armonía existente entre todos los elementos de un Estado, conseguida gracias al respeto cabal de su legislación y en especial de los derechos esenciales de los ciudadanos, situación dentro de la cual elimina toda la perturbación de las normas morales, económicas y sociales imperantes y que se ajusta a los principios filosóficos que informan dicho Estado.”¹¹

“El orden público es la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento de la sociedad.”¹²

“Las leyes que miran al interés general de la comunidad deben estimarse como de orden público.”¹³

“La locución antigua *Ius Publicum*, alude a una parte de las normas reguladoras entre las relaciones entre particulares, es decir a un grupo recogido dentro de las que, en la expuesta definición de Ulpiano constituyen el derecho privado, este grupo es de aquellas disposiciones las cuales con que se refieren a la relación entre particulares, no pueden estos convenir en modificarlas porque constituyen una zona sustraída a las determinaciones de su autonomía y a la eficacia de los acuerdos con los demás

¹⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 6 de Septiembre de 1941.

¹¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de fecha 13 de Marzo de 1954.

¹² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 11 de Julio de 1946.

¹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 26 de Octubre de 1901.

hombres.”¹⁴ “Orden público es el conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamentan su derecho positivo y que éste tiende a tutelar.”¹⁵ “Por orden público entendemos el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización, al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas. En este sentido, Orden Público es sinónimo de orden social.”¹⁶

“Orden en general, es el arreglo de las cosas de modo que haya unidad en el conjunto. Orden público será, pues, el arreglo de las personas y de las cosas en la sociedad, de modo que cada cual ocupe el lugar que le corresponde. Indica, pues una cierta idea de subordinación de unos respecto a otros. Algunos consideran a este concepto como sinónimo “interés de la comunidad”.”¹⁷

Se podrían citar innumerables conceptos y definiciones tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, nacional o internacional, respecto a este tema; no siendo pertinente el tratar más extensamente este tema, bastémonos de las citas transcritas para desarrollar una conclusión frente a este concepto. De lo anteriormente señalado podemos extraer el que no existe un concepto unívoco acerca de lo que debe entenderse por orden público, y que tanto la doctrina como la jurisprudencia han dado conceptos que han puesto énfasis en diversos aspectos, sin arribar a un concepto uniforme o a una determinación de cuales son las características del orden público. Sin embargo, y sin tener la ambición de elaborar un concepto de orden público, podemos señalar que dentro de la idea de orden público se comprende la protección de los intereses ajenos a los puramente particulares de quienes participan en el acto, contrato u obligación que sea del caso, y que pueden ser intereses generales de la nación o de terceros, ya sean políticos, sociales o económicos al decir de un jurista. En cuanto a la categoría de estos intereses se ha debatido extensamente sin llegar a un consenso respecto al interés comprometido en el orden público.

¹⁴ STREETER P., JORGE, “Material de trabajo sobre el Orden Público Económico”, Universidad de Chile, 1985, p. 9.

¹⁵ *Ibidem*, p. 10

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO, *op. cit.*, p. 69.

Tomando en cuenta todo lo que hemos señalado respecto al orden público, podemos afirmar que éste no se inmiscuye, en principio, en los intereses meramente particulares de los contratantes, cuando estos intereses no afectan a terceras personas, lo que es concordante con diversas disposiciones legales de nuestro ordenamiento jurídico y particularmente con el artículo 12 de nuestro Código Civil, que dispone: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”. De lo anterior podemos en consecuencia sostener a su vez, que no deben ser consideradas como normas de orden público aquellas que regulan situaciones jurídicas que solamente interesan a las partes del vínculo obligacional respectivo.

3. Orden Público Económico:

Es pertinente también señalar, que existe una categoría especial de orden público, que atañe directamente a la materia que tratamos, éste es el orden público económico, el que ha sido desarrollado por la doctrina moderna y que trataremos a la luz de ésta.

“Orden público económico es el conjunto de normas fundamentales, destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común”.¹⁸

“Orden público económico es el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organización de la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad.”¹⁹ “Es el conjunto de medidas adoptadas por los poderes públicos con el objeto de organizar las relaciones económicas.”²⁰ “Es el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y

¹⁸ Concepto emanado de las actas de la Comisión de Estudio de la Constitución Política.

¹⁹ STREETER P., JORGE, *op. cit.*, p. 31.

²⁰ *Idem.*

facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional, formulados en la Constitución.”²¹

“Se ha definido orden público económico como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución y es justamente en esta carta donde se mantiene el valor fundamental que se debe tenerse en consideración: El bien común que está estrechamente vinculado a la función social de la propiedad de las actividades económicas, que vienen a ser el resultado del ejercicio de una forma del derecho de dominio.”²²

De los extractos citados podemos advertir que el concepto de orden público económico es también un concepto jurídico indeterminado que no es unívoco entre los diversos autores; del cual no podemos encontrar una definición en nuestro sistema normativo. Sin embargo, podemos desprender de estas citas la idea de la protección de los intereses ajenos a los meramente particulares de los contratantes o partes de la relación obligacional de que se trate en su caso.

Se puede apreciar de los diversos conceptos, ideas y fundamentos acerca de lo que es el orden público, que tanto el orden público general como el orden público económico operan como una limitación al principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación, ya que aquellas disposiciones legales que contengan normas de orden público, tendrán el carácter de imperativas para los particulares, limitando así la autonomía de la voluntad, por el hecho de no poder modificar el contenido de éstas, ni por su manifestación de voluntad ni por el consentimiento, según sea el caso, salvo que la propia norma así lo autorice. Esta limitación a la autonomía de la voluntad y al principio de la libre contratación, no se aplicará respecto de aquellas normas que, al no ser de orden público, carecen de ese carácter de imperatividad.

Podemos apreciar en el citado artículo 1.461 del Código Civil, que el objeto del acto o contrato contrario al orden público es ilícito, así también sucede con la causa del

²¹ *Ibidem*, p. 33.

²² Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 30 de Marzo de 1983, confirmada por la Corte Suprema el 10 de Mayo de 1983.

acto o contrato, que al ser contraria al orden público es también ilícita, como lo señala el artículo 1.464 del mismo cuerpo legal, también citado precedentemente. Respecto a lo anterior, el Código Civil en su artículo 1.681 dispone: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.”

En el artículo siguiente, el 1.462, el legislador prosigue: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades *absolutas*.

Hay así mismo *nulidad absoluta* en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa*, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

Del artículo transcrito podemos ver que si una declaración de voluntad adolece de objeto o de causa ilícita, esa declaración será nula, sancionando el legislador ese acto con la nulidad absoluta. Así, podemos concluir que los actos o contratos que sean contrarios al orden público, adolecen de un vicio de nulidad.

B – Respecto de las Sociedades Anónimas en particular:

Por otra parte, de conformidad con lo que hemos expuesto, es pertinente señalar que la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, es una ley que integra el Derecho Privado. Dicho cuerpo legal tiene gran énfasis privatístico, a diferencia de lo que ocurría con la reglamentación legal anterior, contenida en el Código de Comercio, en el DFL. 251 sobre Compañías de Seguro, Sociedades Anónimas y Bolsa de Comercio, y en el Decreto Supremo N° 4.705 que era el reglamento sobre Sociedades Anónimas nacionales y extranjeras que se establezcan en el país. La normativa vigente tuvo por finalidad, precisamente liberalizar el sistema de las sociedades anónimas dentro de nuestro país, expandiendo la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad

dentro de esta clase de sociedades, tanto en su constitución y modificación, como en la dinámica de su funcionamiento, liberando a la sociedad anónima de control estatal y permitiendo una reglamentación derivada de la voluntad de los accionistas, que la hace parecerse en gran medida a lo que podríamos llamar, desde un punto de vista didáctico, una “sociedad de responsabilidad limitada por acciones”.

Bajo el régimen de la normativa vigente, nos encontramos con una amplia aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, lo que podemos apreciar respecto de casi todas las materias relativas a las sociedades anónimas cerradas (y muchas de ellas aplicables también a las sociedades anónimas abiertas), como por ejemplo: determinación del objeto de la sociedad, determinación de su capital, determinación de la forma como se paga el capital, determinación del domicilio social, determinación del nombre de la sociedad, determinación de las facultades que se reservan a la Junta de accionistas, determinación de las facultades del Directorio, determinación de series preferentes de acciones, determinación de los dividendos a ser repartidos, determinación del número de directores que habrán de componer el directorio, determinación de la periodicidad con que el directorio ha de sesionar, determinación de la forma en que se ha de fiscalizar la administración, determinación de la forma jurídica de la sociedad, al permitirse de forma expresa la transformación de la sociedad; y así, nos encontramos con que hay una gran cantidad de materias en donde se puede advertir la clara intención del legislador de que el principio rector sea el de la autonomía de la voluntad.

Atendiendo a lo señalado en el párrafo anterior, podemos sostener que la Ley 18.046 debe encuadrarse dentro del ordenamiento jurídico privado, pero que contiene numerosas normas de orden jurídico público; así, para determinar cuáles normas contenidas en la Ley de Sociedades Anónimas son de orden público y cuales no lo son, debe atenderse fundamentalmente al criterio de determinar si es que en la norma en cuestión se encuentra comprometido el interés de terceros, como el interés general de la Nación, o el interés de terceros como pueden ser minorías de una sociedad anónima o terceros ajenos al acto, contrato o declaración de voluntad de que se trate. Cuando dicho acto, contrato o declaración, vinculado a una sociedad anónima, sólo interesa a los accionistas que concurren al acuerdo o acto, no se encontrará involucrada ninguna

norma de orden público, y por lo tanto las normas aplicadas a ese acto quedan sujetas al más amplio y libre ejercicio de la autonomía de la voluntad.

A nuestro parecer señalar que la Ley de Sociedades Anónimas es de orden público es tan equívoco como señalar que el Código de Comercio en lo que atañe al Derecho de Sociedades también lo fuera; es cierto que hay una gran cantidad de normas limitativas de la autonomía de la voluntad, que resguardan el orden público, artículos que en muchos casos encuentran idéntico fundamento en la Ley 18.046, como es el caso de los artículos 350, 352, 353, 354 y siguientes, 365, 366, 368, 370, 404, etc., referentes a las sociedades colectivas mercantiles, o los artículos 475, 476, 477, 478, 483, 484, 485, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 501, 502, etc., referidos a las sociedades en comanditas. Hasta ahora nadie ha sostenido que el Código de Comercio sea un cuerpo legal de derecho público, ya que en él prima como principio rector el de la autonomía de la voluntad, debiéndose interpretar las limitaciones, como excepciones, y en consecuencia, restrictivamente.

Hay que tener siempre en cuenta que la sociedad anónima pertenece a sus dueños, y que la finalidad fundamental de ella está definida por los objetivos sociales a los que se refiere el artículo 2.053 del Código Civil, transcrito anteriormente, que determina los elementos de la esencia de la sociedad anónima. Así, el poder máximo de una sociedad anónima, en particular la cerrada, se encuentra recogido en la voluntad de sus accionistas que pueden en principio, pactar cualquier cosa salvo que esté prohibido por vulnerar los intereses de terceros al acto en cuestión, como en el caso de las normas sobre constitución de la sociedad anónima, su modificación u otras varias disposiciones que se encuentran contenidas en el señalado cuerpo legal.

La ley sanciona positivamente la voluntad de los accionistas de una sociedad anónima, debiéndose interpretar dicha voluntad dentro de la amplitud del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho privado, debiéndose tener presente el que debe producir sus plenos efectos, salvo las excepciones legales, que como tales, deben interpretarse restrictivamente. Refiriéndose a este tema Georges Ripert ha señalado: “Fuera de estas atribuciones la ley no determina la extensión de los poderes

confiados al consejo. Si se considera que los accionistas reunidos en asamblea general poseen el poder supremo, el consejo puede tener únicamente poderes delegados.”²³

Es importante agregar, que no obstante existir numerosas normas de orden público en la Ley 18.046, estas normas en general otorgan también un amplio campo de aplicación al principio de la autonomía de la voluntad, que dentro de ciertos límites, a veces muy amplio, puede desenvolverse casi con entera libertad.

Por ejemplo, el artículo 1º de la Ley señalada, ya transcrito anteriormente, dispone que la sociedad es “(...) administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables”. A su vez el artículo 31 de la misma Ley señala que: “La administración de la sociedad anónima la ejerce un directorio elegido por la junta de accionistas.” De conformidad a lo anterior, los artículos 1º y 31º de la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas recién citados, establecen que la administración debe ejercerla el órgano, cuerpo colegiado denominado “Directorio”.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, al analizar las disposiciones legales de la Ley sobre sociedades anónimas, podemos observar que el concepto de administración para estos efectos es un concepto relativo, y que no tiene un contenido preciso dentro de la Ley 18.046. El concepto de administración es un concepto residual dentro de la citada Ley, ya que el artículo 40 de esta normativa dispone que: “El Directorio de una sociedad anónima la representa judicial y extrajudicialmente y para el cumplimiento del objeto social, lo que no será necesario acreditar a terceros, está investido de todas las facultades de administración y disposición que la ley o el estatuto no establezcan como privativas de la Junta General de Accionistas, sin que sea necesario otorgarle poder especial alguno, inclusive para aquellos actos o contratos respecto de los cuales las leyes exijan esta circunstancia. Lo anterior no obsta a la representación que compete al gerente conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la presente Ley.

²³ RIPERT, GEORGES, “Tratado Elemental de Derecho Comercial, Editorial Argentina, 1954, p. 381.

El Directorio podrá delegar parte de sus facultades en los gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un director o en una comisión de directores y, para objetos especialmente determinados, en otras personas.”

Por su parte el artículo 57 de la Ley 18.046 señala: “Son materia de Junta Extraordinaria:

- 1) La disolución de la sociedad;
- 2) La transformación, fusión o división de la sociedad y la reforma de sus estatutos;
- 3) La emisión de bonos o debentures convertibles en acciones;
- 4) La enajenación del activo fijo y pasivo de la sociedad o del total de su activo;
- 5) El otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros, excepto si éstos fueren sociedades filiales, en cuyo caso la aprobación de directorio será suficiente, y
- 6) Las demás materias que por ley o por los estatutos, correspondan a su conocimiento o a la competencia de las juntas de accionistas.

Las materias referidas en los números 1), 2), 3) y 4) sólo podrán acordarse en junta celebrada ante notario, quien deberá certificar que el acta es expresión fiel de lo ocurrido y acordado en la reunión.”

Como se puede apreciar de la lectura de las normas legales citadas, los accionistas de una sociedad anónima, particularmente en las cerradas, tienen la más amplia libertad en orden a restringir al máximo las llamadas “facultades de administración” del Directorio de una sociedad anónima, pudiendo limitarlas a una mínima extensión, ya que en los estatutos de las sociedades anónimas pueden establecerse que gran parte de lo que se entiende, de conformidad al Derecho Común, como facultades de administración, corresponda a la Junta de Accionistas. De lo que aquí señalamos, es fácil desprender que los accionistas son los dueños de la sociedad y ellos pueden estipular lo que estimen más conveniente para ellos, salvo que ello afecte los derechos de terceras personas o elementos de la esencia de la sociedad de que se trate, en el sentido anotado anteriormente.

Por otra parte, según se establece en el inciso final del artículo 40 de la Ley 18.046 nos encontramos con que el Directorio de una sociedad anónima podrá delegar parte de sus facultades en los gerentes, subgerentes o abogados de la sociedad, en un

director o en una comisión de directores y, para objetos especialmente determinados, en otras personas. Así, queda establecido que el Directorio de una sociedad anónima puede delegar gran parte de sus “facultades de administración” residuales que pudieren haber quedado dentro de la órbita de su competencia, siendo ello un acto perfectamente legal y reconocido por el citado artículo de la Ley 18.046, no obstante los límites propios que le son connaturales.

Relacionando lo anteriormente señalado, podemos apreciar que de sostenerse que es un principio de orden público el que la administración de la sociedad anónima se encuentre entregada al Directorio de la misma, dicho principio expresado en las normas de Derecho Positivo ya citadas, admite en si mismo una flexibilidad inmensa en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pudiendo en definitiva el Directorio de la Sociedad Anónima tener atribuciones extremadamente limitadas para desempeñar sus “facultades de administración”. Se puede apreciar claramente así, que en realidad es la libre autonomía de la voluntad, la que determina dentro de los estatutos de una sociedad anónima (particularmente cerrada) como debe administrarse esta sociedad, y qué facultades son las que en definitiva deben quedarse radicadas en el Directorio de la misma, para el ejercicio de esta administración.

La libre autonomía de la voluntad puede incluso llegar a establecer que gran parte de las facultades de administración de una sociedad anónima se encuentren radicadas en la Junta de Accionistas. Lo anterior se debe a que, según hemos podido apreciar claramente, las “facultades de administración del Directorio de una sociedad anónima son residuales y deben establecerse en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los señores accionistas expresado en los estatutos sociales quienes pueden estipular cuales son las facultades que se reservan a la Junta de Accionistas y cuales son las facultades que se reservan al Directorio, en ambos casos referidos a la administración de la sociedad, de modo que no es verdadero el afirmar que la administración de la sociedad debe radicarse necesariamente en el Directorio de una sociedad anónima, en virtud de una norma o principio de orden público. No hay inconveniente alguno en que gran parte de la administración de la sociedad anónima pueda estar entregada en virtud de la autonomía de la voluntad a la Junta de Accionistas; lo que entendemos por “gran parte” de acuerdo a las normas jurídicas, lo

que es la administración de una sociedad, y dejando una parte muy pequeña de facultades radicadas en su Directorio.

La Ley 18.046 permite también, la existencia de acciones preferentes sin derecho a voto o con derecho a voto limitado, según podemos apreciar de su artículo 21 inciso 1º, que dispone: “Cada accionista dispondrá de un voto por cada acción que posea o represente. Sin embargo, los estatutos podrán contemplar series de acciones preferentes sin derecho a voto o con derechos a voto limitado.”

A su vez el artículo 62 del cuerpo legal antes señalado, dispone lo siguiente:

“Solamente podrán participar en las Juntas y ejercer sus derechos a voz y a voto, los titulares de acciones inscritas en el Registro de Accionistas con 5 días de anticipación a aquel en que haya de celebrarse la respectiva Junta.

Los titulares de acciones sin derecho a voto, así como los Directores y Gerentes que no sean accionistas, podrán participar en las Juntas Generales con derecho a voz.

Para los efectos de esta Ley, se entiende por acciones sin derecho a voto aquellas que tengan este carácter por disposición legal o estatutaria.”

De los artículos citados, puede apreciarse con meridiana claridad, que en los estatutos de una sociedad anónima puede estipularse la existencia de acciones preferentes sin derecho a voto, y que perfectamente bien podría darse el caso que todas las acciones con derecho a voto pudieran encontrarse radicadas en un solo accionista (en una sociedad anónima cerrada particularmente); y que las facultades de que entendemos vulgarmente como “administración” de una sociedad anónima en su gran amplitud, puede ser entregada a la Junta de Accionistas, salvo las excepciones señaladas anteriormente. En este ejemplo vemos en consecuencia como gran parte de la administración de la sociedad anónima se encuentra entregada a la Junta de Accionistas, y en definitiva, a la decisión del voto de un solo accionista, que puede perfectamente bien a través de esta fórmula, y sin infringir ninguna norma de orden público, influir decisivamente de la administración de la sociedad y prácticamente administrarla sin ingerencia importante de los restantes accionistas.

De los ejemplos anteriores podemos apreciar, que la posición sostenida por algunas personas respecto a que es un principio de orden público el que “la

administración” de una sociedad anónima, entendida en un sentido vulgar, se encuentre radicada en el Directorio y que otro principio de orden público aplicable a las sociedades anónimas consistiría en que “la administración de una sociedad anónima” no puede estar entregada en manos de un accionista con prescindencia del o de los otros accionistas, son en definitiva principios que en realidad no son de orden público. Esto obedece a una incorrecta y rígida interpretación de las normas de la Ley 18.046, analizadas de una forma aislada y no dentro del contexto de la Ley, que como hemos podido apreciar si bien contiene normas de orden público, en general estas normas contenidas en la Ley mencionada dan un amplísimo margen al principio de la autonomía de la voluntad, para que en definitiva los estatutos puedan estipular mecanismos dinámicos de la sociedad anónima, acordes con la real voluntad y con los intereses de los propios accionistas, siempre y cuando ello no atente con los intereses de terceros, en el sentido señalado anteriormente.

C – Conclusión:

Luego de todo lo expuesto anteriormente podemos establecer con propiedad, que el pilar fundamental del Derecho Privado está constituido por el principio de la autonomía de la voluntad, que constituye su regla general, siendo limitado por el orden público, que consiste precisamente en una limitación al principio señalado, constituyendo una excepción a la amplia libertad de contratación, de lo que se desprende que debe ser interpretado restrictivamente. Si ante la norma cabe alguna duda, en el ámbito del Derecho Privado y en particular del Derecho Comercial, debemos consecuentemente entender que la norma en cuestión no es de aquellas que resguardan el orden público.

IV – Cese de la relación social limitadamente a un socio como instrumento jurídico de conservación del ente societario:

La disolución de una sociedad puede producirse por diversas razones, las cuales pueden adentrarse en el ámbito de la voluntad de las partes, así como también en circunstancias económicas externas que hagan inviable o poco beneficioso el negocio al que la sociedad se encuentre abocada, estas razones pueden exceder el ámbito regulatorio del derecho societario. No obstante lo anterior es el propio derecho el encargado de velar porque dicha disolución no sea consecuencia directa de la estructura social, tal como es concebida.

El cese de la relación social limitadamente a un socio es un instrumento jurídico de conservación del ente societario, mediante la ruptura del vínculo social con uno de los socios contratantes, con la consiguiente amortización de su cuota y sin que la sociedad deba disolverse. La plurilateralidad del contrato de sociedad es, precisamente, el elemento que permite que aun cesando la relación social respecto de un socio, la estructura de la sociedad subsista con las demás partes del contrato. Para el destacado jurista Joaquín Garrigues esta institución es un “recurso técnico jurídico posibilitado jurídicamente por la naturaleza otorgada al contrato social, que atiende a la conservación de la empresa mediante el reconocimiento del derecho del socio a retirarse de la sociedad o de ésta a excluirlo.”²⁴

El cese de la relación social limitadamente a un socio como instrumento de conservación, se basa en una razón más bien económica, en tanto que desde el punto de vista jurídico se basa en la naturaleza plurilateral del contrato que da origen al ente social. A su vez, si atendemos a su efecto inmediato, éste será la solución de la relación jurídica, sólo respecto de uno o más integrantes de la sociedad, careciendo de repercusión sobre el resto de la estructura social.

²⁴ GARRIGUES, JOAQUÍN, “Curso de Derecho Mercantil”, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987, p. 584.

A – Fundamentos:

Frente a la situación descrita anteriormente, es necesario adentrarnos en los fundamentos del interés del legislador de salvaguardar un ente societario. Ya que, si bien por una parte hay un interés privado de los socios en la sobrevivencia de la organización que se ha creado, que acarrea la consecución de ciertos fines comunes; por otra parte hay un manifiesto interés público comprometido, que se evidencia en el resguardo de la permanencia de la sociedad como unidad económica, por sobre las vicisitudes que afecten a sus titulares.

1. Fundamento Político, Empresa y Sociedad:

El importante rol que tienen las empresas, como actores jurídicos y económicos, fuentes de producción de bienes y servicios, así como generadoras de empleo y activadoras de la economía, ha llevado al legislador a velar por la conservación de ellas, creando formas jurídicas en las que puedan encontrar la organización necesaria para lograr la consecución de los fines particulares buscados, resguardándolas con un sistema normativo y una estructura jurídica, que proteja los intereses privados de sus titulares, así como también el interés público por la permanencia de éstas. Éstas formas son, en nuestro ordenamiento privado, los distintos tipos sociales y la empresa individual de responsabilidad limitada.

La importancia de los tipos sociales se refleja en el carácter de “instrumento” que la sociedad tiene para el ejercicio de una actividad económica, que se desenvuelve en común con el fin de dividir los beneficios. “Pues toda organización, de cualquier tipo que sea, reafirma siempre su utilidad económica en aquella superación de resultados económicos individuales que, por medio de la sociedad - y sólo con ella -, es posible alcanzar sobre el plano de la colaboración; superación que puede verificarse, como es obvio, o en cuanto ningún resultado económico sería de otro modo posible, o bien en el

sentido de que solamente la coordinada integración de las aportaciones sociales consienta un incremento *lato sensu* productivo.”²⁵

El concepto de sociedad, como se desprende de lo anterior, está hoy en día íntimamente relacionado al concepto de empresa, puesto que es la forma normal y general en que ésta se organiza. La empresa es un ente económico social que tiene por finalidad actuar en el mercado de bienes y servicios a través de la organización de los factores de producción y que persigue fines de lucro. Asumir individualmente la organización de los bienes de producción, sin una forma asociativa, y competir en el mercado como actor económico es día a día más difícil, teniendo en cuenta la dificultad de la reunión de capitales, bienes o aportes laborales que se requieren para desarrollar una actividad o proyectos de embergadura.

En virtud de lo anterior, es que la forma asociativa cobra una importantísima relevancia, siendo el instrumento que el ordenamiento jurídico consagra, regula y protege.

Es importante tener en cuenta que empresa y sociedad no son lo mismo, ya que la empresa puede revestir una forma asociativa distinta a una sociedad, entendida bajo la luz del ordenamiento jurídico. La sociedad será una forma de organización jurídica y un instrumento jurídico que facilita la organización de una estructura pluripersonal. Así, podrá existir una empresa sin revestir la forma de una sociedad, como en los casos en que se desarrolla una actividad por un empresario individual o por una agrupación de personas que no se agrupan en una forma jurídica de sociedad. Por otra parte, pueden existir sociedades que no sean empresas, lo que ocurrirá en variados casos, donde no haya una agrupación de factores de producción, sino sólo una ordenación de capacidad empresarial y capitales, personas y aportes.

Sin querer adentrarnos más en la relación entre empresa y sociedad, podemos vislumbrar con claridad que es justamente en esta conexión, donde se encuentra el fundamento político del interés general o público por salvaguardar la permanencia o

²⁵ INNOCENTI, OSMIDA, “La exclusión del socio”, traducción y notas Juan Majem Morgades, Editorial AHR, Barcelona, 1958, p. 12.

subsistencia del ente social, más allá del propio interés que tengan los mismos titulares de la sociedad.

2. Principio de la conservación del ente social:

El cese de la relación social limitadamente a un socio se presenta en este contexto como un instrumento que consagra el legislador para la conservación del ente societario; instrumento que, como se verá más adelante, revestirá la forma de distintas instituciones jurídicas, que tendrán por objeto solucionar conflictos de intereses al interior del ente societario, frente a diversas circunstancias, tales como, la muerte de un socio, cuando uno de ellos desea retirarse o cuando producto de ciertos hechos se le pretende excluir por los demás.

El principio de la conservación del ente social, se consagra así por el ordenamiento, por el interés general o público en la permanencia del ente social, tanto para la sociedad nacional, como, incluso hoy en día, internacional. “De modo que – es lícito inducir –, el laudable cuidado, mostrado por el legislador, de salvaguardar a la sociedad frente a las alternativas personales de los socios que turben el ciclo vital, sería pues únicamente el de conservar la empresa”^{26, 27}.

Sin embargo, debemos tener presente que la consagración de este principio conservacionista no significa que las normas que regulan esta materia se hayan elevado, en virtud del interés general, a un orden público, por sobre el interés privado. “Interesa poner de relieve que aquel *ius privatissimum* que es el *contrato de sociedad*, además de merecer por sí la más atenta consideración por parte del legislador (*idest* su providencial tutela), es elemento básico, además, de un organismo cuyo objetivo – obtención y división de ganancias – muestra también su naturaleza exquisitamente privada y al mismo tiempo pide la más vigilante protección del legislador”²⁸. Se debe recordar aquí lo señalado anteriormente, bajo el título de “La naturaleza jurídica de las normas que regulan las sociedades”, entendiéndose que dentro del ámbito del derecho

²⁶ *Ibidem*, p. 35.

²⁷ *Confr.* con nota N° 24, del mismo autor.

²⁸ INNOCENTI, *op. cit.*, p. 36.

privado debe llegarse a un equilibrio complementario con el interés público consagrado en la norma legal.

3. Principio de la tutela del objeto social:

En conjunto con el principio anterior, aparece este principio de la tutela del objeto social, que en cierta forma da sentido y se complementa con el principio de la conservación al que aludimos.

Este principio sostiene que el real interés del legislador en tutelar la permanencia de la sociedad, recae en el interés general que la consecución del objeto social representa. Sin entrar en un análisis ajeno al presente trabajo, sobre la naturaleza jurídica del ente social, podemos señalar que se vislumbra claramente en el contrato de sociedad la importancia de un objeto común, lo que en doctrina se ha denominado como contrato con igualdad de objeto o comunidad de objeto.

Para Innocenti y otros autores, es este el principio medular que fundamenta la tutela del legislador sobre las sociedades, así señala: “El principio conservador del ente se presenta más bien con el carácter de secundario y subordinado frente al deber de tutela del objeto social. Cuando, en efecto, éste ha sido conseguido, o bien no pueda ya realizarse, o, en fin, falte la voluntad social de perseguirlo, el principio general de la conservación del ente no tendría ya posibilidades de aplicación, puesto que se refiere a un organismo, en definitiva, carente ya de vitalidad. Y de aquí se deduce que el punto verdaderamente importante de la cuestión se lleva, también aquí, al fundamental concepto del objeto social; con el fin de que éste se pueda y se quiera realizar por parte de los socios, el ordenamiento jurídico debe aportar sus valiosos medios para ejercer la tutela más eficaz.”²⁹

En nuestra opinión la tutela en la consecución del objeto social reviste una gran importancia, al igual que el principio conservacionista, en cierta forma dándole sentido, pero ambos principios, como lo señalábamos son complementarios. No siempre bastará

²⁹ INNOCENTI, *op. cit.*, pp. 144 y 145.

con la tutela del objeto social, sino que, como hemos señalado, la mera permanencia del ente social también es resguardada por el legislador, incluso sin atender a la consecución del objeto; así también el principio conservacionista se complementa y encuentra en gran parte su sentido en este principio de la tutela del objeto social.

B – Otras figuras en que cesa la relación social limitadamente a un socio distintas a la exclusión:

Reviste gran utilidad para el desarrollo de la materia que tratamos hacer un breve estudio de los diversos casos o figuras jurídicas en que se produce un “cese de la relación social limitadamente a un socio”, distintos a la exclusión, tema que por ser el objeto de este trabajo trataremos separadamente. Con esto aclararemos, previamente, ciertas formas de cese de la relación social limitadamente a un socio, que se confunden con casos de exclusión o que son considerados como tales por parte de la doctrina con que no concordamos.

1. Muerte de un socio, cuando la ley o el contrato autoriza a los demás socios a continuar con o sin los herederos del fallecido:

Para las sociedades regidas por el Código de Civil y el Código de Comercio la regla general establecida por el legislador es que el caso de la muerte de uno de los socios producirá la disolución de la sociedad; esto atendido al elemento *intuito personae*, el que en estas sociedades de personas es muy importante.

La norma que señalamos está establecida en los siguientes artículos del Código Civil:

a) “Art. 2103. Disuélvese asimismo la sociedad por la muerte de cualquiera de los socios, menos cuando por disposición de la ley o por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto o sin ellos.

Pero aun fuera de este caso se entenderá continuar la sociedad, mientras los socios administradores no reciban noticia de la muerte.

Aun después de recibida por éstos la noticia, las operaciones iniciadas por el difunto que no supongan una aptitud peculiar en éste deberán llevarse a cabo.”

b) “Art. 2104. La estipulación de continuar la sociedad con los herederos del difunto se subentiende en las que se forman para el arrendamiento de un inmueble, o para el laboreo de minas, y en las anónimas.”

El artículo transcrito a continuación extiende el ámbito regulatorio sobre las sociedades reguladas por el Código de Comercio, en virtud del siguiente artículo del dicho cuerpo legal: “Art. 407. La sociedad colectiva se disuelve por los modos que determina el Código Civil”.

De los artículos transcritos podemos concluir que la regla general que señalábamos, respecto a que la muerte de uno de los socios produce la disolución de la sociedad, no es una norma de orden público, razón por la cual el legislador otorga la posibilidad de que, por disposición legal o contractual, la sociedad pueda continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto o sin ellos. Es importante destacar aquí, el amplio campo de libertad que le otorga el ordenamiento jurídico a la autonomía de la voluntad de los socios.

Cobran aquí gran importancia las “cláusulas de continuación” del contrato, donde los socios acuerdan continuar la sociedad con o sin los herederos de un socio que fallezca, evitando así que al momento del deceso de un socio, una sociedad que puede ser próspera sea disuelta por la sola disposición de la ley, en perjuicio del interés de los socios sobreviviente, y, como veíamos, en perjuicio también del interés público.

Estrictamente, a nuestro parecer, el caso de cese de la relación social limitadamente a un socio, se produce en el supuesto que la ley o el contrato establezca continuar la sociedad sin los herederos del causante, ya que al contemplarlo, éstos se entienden continuadores de la persona del socio fallecido, por lo que no habría un cese en la relación social respecto de ninguno de los socios.

En el caso de las sociedades de capital, el elemento *intuito personae* pierde en gran parte su importancia, siendo sociedades esencialmente *intuito in rei*.

Particularmente en las sociedades anónimas, las acciones que detenta un socio, son títulos de crédito pertenecientes a la categoría de valores mobiliarios, los que son transmisibles, por lo que en caso de muerte de un accionista no se producirá jamás la disolución de la sociedad, salvo que en virtud de la autonomía de la voluntad de los socios se haya estipulado así en los estatutos de la sociedad, estableciéndolo así el legislador en el numerando sexto del artículo 103 de la Ley 18.046, que versa sobre las causales de disolución de la sociedad anónima. Esta continuidad de la sociedad anónima, a la que hacemos referencia, también está consagrada en el artículo 2.104 del Código Civil, ya transcrito.

No obstante lo señalado anteriormente, la ley 18.046 en su artículo 18 señala: “Las acciones inscritas a nombre de personas fallecidas cuyos herederos o legatarios no las registren a nombre de ellos en el plazo de 5 años contados desde el fallecimiento del causante, serán vendidas por la sociedad, en la forma, plazo y condiciones que determine el reglamento.

Para efectuar estas ventas no regirán las prohibiciones establecidas en la Ley 16.271 y los dineros que se obtengan permanecerán a disposición de los herederos y legatarios de las respectivas sucesiones, por el término de 5 años, contado desde la fecha de la venta correspondiente, y durante este plazo devengarán los reajustes e intereses establecidos en el Artículo 84 de esta ley. Vencido este plazo, los dineros pasarán a pertenecer a los Cuerpos de Bomberos de Chile, y se pagarán y distribuirán de la forma que señala el reglamento.”

En el artículo precedente se establece otro caso de cese de la relación social limitadamente a un accionista, en el supuesto que se cumplan las condiciones o circunstancias, a saber, que los herederos o legatarios, del accionista fallecido, no registren las acciones a su propio nombre en el plazo de cinco años contados desde la muerte del causante. En este caso la sociedad continuará sin el accionista ni sus continuadores, refiriéndose luego la norma a los destinos de los dineros que se obtengan de la venta de las acciones del socio fallido.

Para parte de la doctrina (en el ámbito nacional el profesor Puelma Accorsi³⁰) el caso de continuidad de la sociedad sin los herederos de un socio fallecido está incluido dentro de las causales de exclusión, pero a nuestro parecer, no constituye un caso de exclusión, ya que entendemos que se trata, más bien, de un hecho frente al cual la ley, el contrato o los estatutos deben prever la continuidad de la sociedad, de lo contrario la sociedad se disolverá. Como veremos más adelante, el caso de la muerte de un socio no posee las características o fundamentos para constituir un tipo de exclusión, sin embargo, sí da origen, como se ha señalado, a un caso de cese de la relación social limitadamente a un socio.

2. Transferencia de la participación social:

Este es el caso en el cual uno de los socios enajena voluntariamente su participación social, en el supuesto que la estructura social lo permita, sin que acarree la disolución de la sociedad.

El problema que suscita este caso, para considerarlo dentro de aquellos que suponen un cese de la relación social limitadamente a un socio, radica en que el alejamiento del socio enajenante acarrea el reemplazo de éste por otro, el adquirente de sus derechos sociales. Por lo anterior, consideramos que el cese de la relación social es aparente, ya que, al igual que en el caso de los herederos o legatarios que continúan en la sociedad de la que el causante era socio, ésta no continúa sin uno de sus socios, sino que con un titular de derechos sociales distinto simplemente, lo que a nuestro parecer no consiste en un cese de la relación social limitadamente a un socio, pues no hay cese sino sólo un cambio en el titular de los derechos.

La consideración anterior se refiere principalmente a las sociedades colectivas y de personas, ya que como veremos, en las sociedades anónimas, sí se presenta la posibilidad de un cese de la relación social limitadamente a un socio a través de una transferencia o cesión forzada de las acciones del socio que ha incurrido en una causal de exclusión.

³⁰ *Vid.* PUELMA ACCORSI, ÁLVARO, *op. cit.* p. 422.

3. Retiro o separación forzosa:

Este caso de cese de la relación social limitadamente a un socio, está consagrado en nuestro ordenamiento en el Código Civil, en las normas sobre las relaciones de los socios entre sí, lo que ha sido ampliamente discutido en doctrina, puesto que para una gran parte de ésta, las relaciones de los socios no son entre sí, sino con la sociedad y viceversa, lo que no deja de tener importantes consecuencias. Sin alejarnos al tema que tratamos, remitámonos a la norma, que señala en el artículo 2.087:

“A ningún socio, podrá exigirse aporte más considerable que aquel a que se haya obligado. Pero si por una mutación de circunstancias no pudiere obtenerse el objeto de la sociedad sin aumentar los aportes, el socio que no consienta en ello podrá retirarse, y deberá hacerlo si sus consocios lo exigen.”

Esta norma consagra como regla general que a ningún socio se le podrá exigir un mayor aporte que al que se haya obligado inicialmente, pero excepcionalmente, por un cambio en las circunstancias que impida la realización de los fines que el objeto social conlleva, la sociedad podrá requerir un aumento en los aportes de los socios, y es en este supuesto donde aparece la figura del retiro o separación forzosa.

Esta norma se fundamenta en que “la negativa del socio de elevar su aporte no puede ser causa de que se frustren los fines de la sociedad”³¹. Así, frente a la necesidad por parte de la sociedad de obtener su objeto, ésta podrá requerir un aumento de los aportes, ante esta posibilidad, el legislador permite que los socios acuerden un incremento de aquellos, velando por la conservación de la misma y la obtención de su objeto. Pero por otro lado, la norma no deja desamparado al socio que se sienta lesionado o se vea en la imposibilidad de realizar el aporte, permitiendo que éste salga de la sociedad previo reembolso de lo que le correspondiere por sus derechos sociales, continuando el ente social con los demás socios.

³¹ MEZA BARROS, RAMÓN, “Manual de Derecho Civil”, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1995, p. 329.

Este retiro forzoso es claramente una forma de cese de la relación social limitadamente a un socio, lo que es posible gracias a la estructura plurilateral del contrato de sociedad.

4. Retiro, separación o receso voluntario:

El derecho a retiro, como se denomina en el derecho societario chileno³², es aquella prerrogativa que otorga la ley o el contrato, por medio de la cual, un socio puede retirarse o terminar con el vínculo social que lo ata a la sociedad, previo reembolso de lo que le correspondiere por sus derechos sociales, continuando la sociedad con los demás socios.

El retiro voluntario permite que el alejamiento de un socio no acarree la disolución de la sociedad, continuando ésta sin el que ha optado voluntariamente por romper el vínculo social. Así esta institución protege la permanencia de la sociedad a través del cese de la relación social limitadamente a un socio. En la realidad actual ha cobrado además una gran importancia, ya que a través de esta institución se protege también a las minorías dentro de una sociedad, las que en caso de disentir de los acuerdos que tome la mayoría de los socios, cuando éstas implican cambios importantes en la estructura u objeto de la sociedad, alterándose el pacto social, podrán retirarse, separándose de ésta recibiendo el reembolso de sus participaciones sociales.

El profesor Puelma Accorsi se refiere a esta figura con las siguientes palabras: “Se usan los términos derecho de retiro, receso o separación de un socio, cuando la ley, el estatuto o la justicia facultan a éste para hacer abandono de la sociedad, recibiendo la parte de los haberes sociales que le corresponda y continuando la sociedad con los otros socios”. “Debe agregarse, por otro lado, que el interés legítimo

³² En el derecho argentino se le llama “derecho de receso” y en la legislación española “derecho de separación”. En el derecho estadounidense ha adquirido enorme importancia por el sistema imperante, protegiéndose a las minorías y los valores de sus participaciones sociales, denominándose “Appraisal right”.

de un socio que desea o debe retirarse debiera ser sólo obtener un pago justo de sus derechos y no la destrucción de la empresa.”³³

V – La Exclusión de un socio:

Es muy frecuente en la vida de los entes societarios que se presenten conflictos internos entre sus miembros, por esta razón gran parte de las normas que rigen el derecho societario se refieren a instituciones jurídicas que regulan las relaciones sociales, procurando su solución. A nuestro juicio, existen normas jurídicas que resuelven un conflicto concreto entre socios, como también existen normas que desarticulan la relación conflictiva. Al primer tipo corresponden, por ejemplo, las referidas al gobierno de la sociedad, las que determinan quién y cómo se toman las decisiones y qué voluntad prevalece en caso de conflicto, las normas sobre adopción de los acuerdos sociales y sobre impugnación de estos últimos. En tanto que como normas que desarticulan la relación conflictiva, podemos citar las que tratan sobre la disolución de la sociedad y su liquidación, el retiro del socio descontento y la exclusión del socio incumplidor o infractor.³⁴

De lo señalado, nos encontramos con que la institución de la exclusión del socio actúa como un medio de solucionar las desavenencias que surgen en el interior del ente social a raíz de la conducta de uno de sus miembros, desarticulando o suprimiendo dicho conflicto, procurando en todo momento la subsistencia de la sociedad.

Teniendo en cuenta lo referido en el capítulo anterior, la exclusión del socio opera, precisamente, como una causal de cese de la relación social limitadamente a un socio, liberando a la sociedad del vínculo contractual que lo unía con el socio excluido;

³³ PUELMA ACCORSI, ÁLVARO, *op. cit.*, p. 411.

³⁴ *Vid.* ARRIAGADA BUSTOS, TATIANA, “De la exclusión del socio en la actual legislación societaria chilena”, Memoria para recibir el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 24.

pero el contrato de sociedad sobrevive con toda su fuerza respecto de los demás socios que continúan formando parte del ente social.

La exclusión de un socio, como se ha visto, es un medio de conservación de la sociedad, que pretende dar salida a un conflicto de interés entre un socio infractor o incumplidor, que no desea dejar de pertenecer al ente social, por un lado, y por el otro, los demás socios, que de conformidad a la ley, el contrato o los estatutos, tienen derecho a excluirlo de la sociedad.

A - Naturaleza Jurídica:

Podemos vislumbrar con facilidad, que todas las causas de cese de la relación social limitadamente a un socio, que ya hemos señalado, pueden llevarse a la noción unitaria de *hecho jurídico*, en su sentido amplio. Pero refiriéndonos en particular y específicamente a la exclusión de un socio, reconocemos que se encuadra con mayor precisión en el estrecho y apropiado concepto del *acto jurídico*.

Los actos jurídicos han sido definidos por el profesor Carlos Ducci como “actos humanos conscientes y voluntarios, destinados a producir un efecto jurídico predeterminado y querido por el autor”³⁵, y el profesor Víctor Vial, define por su parte el acto jurídico como: “La manifestación de la voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes, porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad”³⁶, lo que concuerda perfectamente con el concepto en estudio.

A este respecto Innocenti ha señalado: “podemos lícitamente afirmar que la naturaleza jurídica de tan interesante fenómeno debe calificarse indudablemente de *acto jurídico*; si colocándose en un ángulo visual más amplio, es fácil advertir, además, en la exclusión misma un verdadero y propio *instituto jurídico*, atendido, precisamente,

³⁵ DUCCI, CARLOS, “Derecho Civil Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 217.

³⁶ VIAL, VÍCTOR, “Teoría General del Acto Jurídico”, “Actos Jurídicos y Personas”, Volumen Primero, Ediciones Universidad Católica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 1991, p. 31.

el complejo de relaciones jurídicas (y de las correspondientes normas que las regulan) “que tienen carácter común y están regidas por principios comunes” (84)*, en que la misma consiste”.³⁷

Podemos concluir, tomando en cuenta los párrafos precedentes, que la exclusión de un socio, como forma de cese de la relación social limitadamente a un socio, es un *hecho jurídico*, en su amplia dimensión, dentro de dicha categoría consiste en un *acto jurídico*, y aún más, desde el punto de vista del complejo de relaciones jurídicas y las normas que las regulan, podemos concluir que también que es un verdadero *instituto jurídico*.

B - Definición de “La exclusión de un socio”:

No existiendo una definición por parte del legislador, la doctrina ha intentado definir este concepto a través de los diversos autores. Creemos importante citar algunas de estas definiciones, que son reflejo de las distintas visiones que se tiene sobre los fundamentos y procedencia de la institución jurídica que estudiamos.

El tratadista italiano Innocenti, en su obra sobre la exclusión del socio, a la que tanto hemos aludido, define esta figura jurídica como: “Instituto Jurídico que, en el claro intento de conservar el organismo social y de tutelar su objeto, disciplina el cese de la compleja relación de la sociedad limitadamente a un socio, a más de la conexas y simultánea constitución de una nueva y también compleja relación, aunque sea temporal, entre aquél y los otros socios y las vicisitudes de la misma, dando oportuno relieve en esta doble dirección, y siempre que concurren causas lícitas, a la voluntad de la mayoría de estos últimos, o bien cuando la estructura social no lo consienta, a la resolución del tribunal, salvo las inderogables hipótesis de eficacia inmediata de la ley.”

³⁸

³⁷ INNOCENTI, *op. cit.*, p. 83. * cita a DE SEMO, “*Instituzioni di dir. privato*”, 7^a. Ed., n^o. 156, Cya, Florencia, 1955.

³⁸ INNOCENTI, *op. cit.*, pp.83 y 84.

Por su parte el español Rafael Fernández se ha referido al instituto en estudio en los siguientes términos: "... exclusión es la salida del socio por decisión de la sociedad."³⁹

El destacado jurista italiano Dalmartello ha postulado una definición de la exclusión, que refleja su visión personal de los fundamentos en que se inspira esta figura: "El instituto de la exclusión no es otro, en su esencia, sino el instituto de la resolución del contrato sinalagmático por incumplimiento, adaptado al contrato plurilateral de sociedad comercial, esto es, atemperado por el principio conservador de la empresa, y oportunamente adecuado, por el lado de la técnica legislativa, porque a ésta no escapa ninguna hipótesis de incumplimiento de la compleja obligación social."⁴⁰

Carlos Gilberto Villegas, profesor y jurista, aporta la siguiente definición: "La exclusión de un socio es la sanción que dispone su separación o retiro de la sociedad cuando ha transgredido las normas contractuales incurriendo en grave incumplimiento de sus obligaciones"⁴¹

El profesor chileno Álvaro Puelma por su parte señala: "La exclusión del socio es el retiro involuntario de un socio, que es separado de la sociedad por voluntad de sus consocios o por declaración judicial, pagándosele sus derechos."⁴²

A nuestro parecer, las definiciones transcritas no satisfacen del todo nuestra visión del instituto jurídico de la exclusión del socio; esto se debe en parte a la escasa tratativa que se le ha dado a esta figura en la producción jurídica, y por sobre todo, a que la doctrina no se encuentra conteste respecto a los fundamentos y naturaleza jurídica de la figura que estudiamos, por lo que las distintas concepciones difieren bastante unas de otras, lo que hemos de desarrollar en el capítulo siguiente.

Con el fin de aportar con nuestra visión y complementar el trabajo al que nos hemos abocado, planteamos una definición, que sin acudir a intrincadas fórmulas

³⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, RAFAEL, "Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada", Editorial Comares, Granada, España, 1997, p. 93.

⁴⁰ DALMARTELLO, en INNOCENTI, *op. cit.*, nota 85, p. 84

⁴¹ VILLEGAS, CARLOS GILBERTO, *op. cit.* p. 181.

⁴² PUELMA ACCORSI, ÁLVARO, *op. cit.*, p. 411.

jurídicas, creemos, contiene los elementos básicos para explicar en pocas palabras la figura jurídica a la que dedicamos nuestro esfuerzo:

La exclusión del socio es el instituto jurídico mediante el cual se pone término a la relación social limitadamente a un socio, por haber incurrido éste en un comportamiento que la ley o el contrato sanciona, dándole derecho a la sociedad o a los restantes socios de apartarlo, pagándole sus derechos en la sociedad.

VI - Fundamento jurídico de la exclusión del socio:

Prosiguiendo con el desarrollo del tema en estudio, es necesario adentrarnos en las distintas posturas y concepciones respecto de los fundamentos jurídicos que rigen la institución de la exclusión del socio, como veremos a continuación.

A - Disciplina taxativa legal basada en el interés público:

Esta teoría postula que el fundamento jurídico de la institución de la exclusión, se basa en las normas jurídicas que tutelan el interés público, dada la estrecha relación que existe entre empresa y sociedad. Bajo este supuesto es la ley la que debe enumerar taxativamente los casos en que proceda la exclusión.

El Orden Público Económico, o el “interés económico general” como lo llama el destacado autor italiano Mossa, es lo directamente considerado por las normas que consagran esta institución. De modo que, el cuidado mostrado por el legislador, de salvaguardar a la sociedad frente a las alternativas personales de los socios que turben el correcto funcionamiento o vida del ente social, sería únicamente fundamentado en el interés de conservar la empresa.⁴³

⁴³ Vid. INNOCENTI, *op. cit.*, pp. 35 y 210 – 212.

Este fundamento ha sido postulado y defendido, entre otros, por los autores italianos Vivante, Mossa, Brunetti y Stolfi, así como por los españoles Rubio y González Echevarri.

Esta teoría de la “Disciplina taxativa legal, basada en el interés público” es criticable, puesto que a nuestro juicio los intereses verdaderamente decisivos que son considerados en la institución de la exclusión, son de naturaleza esencialmente privada. Siguiendo a Dalmartello y a Innocenti, nos parece que a pesar de existir un real interés de orden público, éste es insuficiente como finalidad última y razón determinante de la exclusión.⁴⁴

Si fuese determinante el interés público en la exclusión de un socio, nos encontraríamos en un supuesto en el cual dicha exclusión sería un “deber” inderogable con el consiguiente carácter de pena, y no un derecho, un “poder hacer” por parte de la sociedad. Teniendo además un carácter de norma excepcional que contradice la naturaleza privada de las normas que regulan las sociedades.

B - Disciplina taxativa legal inspirada en el interés privado inherente a la tutela del objeto social:

Esta teoría fue desarrollada por el jurista italiano Innocenti, quien sostiene que “la gran importancia reconocida al objeto – *caput et fundamentum societatis* se llamó – en el sistema del derecho de las sociedades; su franca *naturaleza privada* y el preciso e inderogable deber de tutela que tiene el Estado, nos inducen a buscar el fundamento jurídico de la exclusión sobre el plano de la defensa legislativa del objeto social.”⁴⁵

Esta teoría comparte con la anterior el elemento taxativo de la norma respecto a los casos de exclusión, los que como se aprecia, deben estar establecidos en la ley. Pero el enfoque es completamente distinto, ya que postula que el interés protegido es el

⁴⁴ *Ibidem* pp. 211 y 212.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 218.

interés privado, a diferencia de la otra teoría que encontraba su fundamento en el interés público.

Para Innocenti y sus seguidores la institución de la exclusión se fundamenta en la protección por parte del legislador de la realización del objeto social y el interés de los particulares que integran la sociedad como “contrato por comunidad de objeto”.⁴⁶

Esta teoría aporta una visión más moderna que la anterior, fundamentando la institución de la exclusión desde el punto de vista del interés particular, lo que compartimos plenamente; pero por otro lado se nos presenta incompleta, ya que no sólo el legislador está llamado a salvaguardar la subsistencia de la compañía, ya que la exclusión es principalmente una forma de solucionar los conflictos entre los socios del contrato de sociedad.

Con respecto de lo anteriormente señalado, el problema que presenta esta teoría como fundamento de la exclusión, radica en el elemento taxativo que promueve. El que la ley señale exclusivamente los casos en que la exclusión procede, deja afuera los casos de exclusión que se fundamentan en la conservación que los propios socios establezcan en el contrato o estatutos de la sociedad, con lo que impide que sea la propia voluntad de las partes que llenen los vacíos legales, regulando a través de la autonomía de la voluntad las relaciones dentro del ente societario.

C - Principio contractualista, que asimila las causas de la exclusión a la condición resolutoria:

Esta teoría, que ha sido sostenida por los tratadistas Dalmartello, Candian, Auletta y Garrigues, entre otros, postula que el fundamento de la institución de la exclusión se encuentra en que las causas de ésta son una especie de condición resolutoria expresada en el contrato o en los estatutos del ente societario. Así también, en el caso del incumplimiento de una obligación por parte del socio, sería la condición resolutoria tácita la que actuará resolviendo el contrato respecto del socio incumplidor.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 38 - 41 y 218 - 220.

La condición resolutoria tácita está consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 1.489 del Código Civil, que señala: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.”

A nuestro parecer la asimilación de la condición resolutoria a la institución de la exclusión desnaturaliza por completo a ésta última, ya que, si bien a nuestro parecer comparten un mismo fundamento en su origen, en ningún caso el legislador le ha dado el mismo sentido, siendo sus similitudes meramente aparentes. El fundamento que establece esta teoría sólo trata de justificar la mera posibilidad técnica de la institución de la exclusión. “El principio que sirve de base a la llamada condición resolutoria tácita es el de que cuando ambos contratantes están recíprocamente obligados, puede cada uno de ellos frente al incumplimiento del otro *elegir libremente* uno de estos caminos: constreñir a la otra parte a ejecutar la prestación o pedir la disolución del vínculo; pero es evidente que tal “libre elección” no se da para la sociedad frente a las varias causas de exclusión del socio.”⁴⁷

D - Principio del poder disciplinario del organismo social sobre sus miembros:

Esta teoría ha sido sostenida, entre otros, por los juristas Navarrini, De Gregorio, Ascarelli y en cierta medida por el maestro español Gay de Montellá. Esta teoría se basa en un poder disciplinario del ente social sobre los socios que lo conforman, así como en el aforismo *ubi societas ibi ius*. La exclusión sería así una expresión una libre y discrecional potestad disciplinaria, que el ente social tiene sobre sus miembros, no condicionada por otras voluntades.

Se valora aparentemente el principio de la autonomía de la voluntad que rige en derecho privado, pero respecto del ente societario y no de los socios que lo componen, siendo la exclusión un acto jurídico unilateral del poder disciplinario de la sociedad que

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 209 y 210.

sanciona a sus socios, ejerciendo un poder potestativo de derecho privado, que decide en definitiva la salida de uno de los socios a través de la disolución parcial del vínculo social.

El problema que suscita esta teoría se presenta en cuanto a que el poder disciplinario del ente social debe nacer en el contrato de sociedad, ya que de éste nacerán los derechos y obligaciones de los socios. De no otorgarse en la escritura social o en sus estatutos el poder disciplinario de la sociedad sobre sus socios, debemos desconocer este poder por la sola existencia de la misma, autónomo e independiente a los socios que la componen.

E – Posición del autor:

Para plantear nuestra posición frente a este tema, nos limitaremos a desarrollar los fundamentos de la exclusión al tenor de las normas jurídicas establecidas en la legislación chilena, para luego alcanzar las conclusiones que buscamos.

El artículo 2.053 del Código Civil, ya señalado anteriormente, nos ha definido a la sociedad como un contrato. En consecuencia, sin perjuicio de la procedencia de otras teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del contrato de sociedad, a la luz de nuestro derecho la sociedad es un contrato a lo menos en cuanto a su gestación y se forma mediante la celebración de un contrato, pudiendo además revestir el carácter de ser una institución u otro tipo de estructura jurídica de acuerdo a las ya mencionadas teorías.

Como contrato, la sociedad se encuentra sujeta a las normas generales acerca de éstos, algunas de las cuales ya se han transcrito en este trabajo. Otras disposiciones que son relevantes para analizar el tema que estamos comentando las citaré oportunamente.

Al efecto, el artículo 1.439 del Código Civil dispone: “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con la otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obliga recíprocamente”.

La doctrina ha considerado que el contrato de sociedad es un contrato de carácter bilateral, y cuando algunos autores han señalado que el contrato de sociedad es un contrato multilateral o plurilateral, lo encuadran como una especie de contrato bilateral. Al efecto, es pertinente citar a algunos autores que se refieren sobre el tema:

Don Antonio Vodanovic ha señalado: “Son contratos bilaterales: la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, la transacción, el seguro, etc.”⁴⁸

Jorge López Santa María, ha expresado por su parte: “La multiplicidad subjetiva respecto del contrato plurilateral específico de que se trate – por ejemplo el contrato de sociedad, sobre el cual se razona habitualmente cuando se toca este tema – un elemento *accidental*, ya que el contrato se concibe, sin problemas, vinculando exclusivamente a dos partes que se obligan; es decir, como contrato bilateral. Dicho de otra manera, no habría diferencia cualitativa, sino que meramente cuantitativa, entre contrato bilateral y contrato plurilateral, por lo que en definitiva, sin perjuicio de ciertos rasgos distintivos, el contrato plurilateral sería una especie de contrato bilateral. Este parecería ser el esquema más conveniente en nuestro país, desde un punto de vista estrictamente dogmático, para el análisis de la sociedad, considerada por la legislación como un contrato (artículo 2.053 del Código Civil y 349 del Código de Comercio).”⁴⁹

A mayor abundamiento, Don Gabriel Palma Rogers nos señala: “El contrato de sociedad es un contrato bilateral, porque crea obligaciones recíprocas; siendo la contraparte de cada socio el resto de los asociados.”⁵⁰

A su vez, el artículo 1.489 del Código Civil, ya visto, consagra en nuestra legislación la condición resolutoria tácita que contiene todo contrato bilateral, que señala que de no cumplir uno de los contratantes lo pactado, el otro contratante podrá pedir la resolución del contrato o el cumplimiento forzado del mismo, con indemnización de perjuicios.

⁴⁸ VODANOVIC H., ANTONIO, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁰ PALMA ROGERS, GABRIEL: “Derecho Comercial”, Tomo II, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940, p. 68.

De conformidad con lo anterior, queda claramente establecido que siendo el contrato de sociedad un contrato bilateral, si alguno de los socios no cumple con sus obligaciones para con la sociedad, se puede resolver el contrato en cuestión.

Es aquí donde la característica de la plurilateralidad del contrato de sociedad, considerado como una especie de contrato bilateral, cobra su real importancia. Ya que la multiplicidad de contratantes genera una relación compleja que permitirá el nacimiento de la institución de la exclusión, como una forma de hacer subsistir el contrato, en caso de incumplimiento de los deberes u obligaciones que éste establece, por parte de alguno de los socios, cesando o resolviéndose el contrato respecto al socio incumplidor, sin afectar a la totalidad del ente social.

El incumplimiento de alguna de las obligaciones que emanan de la ley, la naturaleza del contrato o la costumbre, podrían acarrear la resolución del contrato. Pero como hemos visto, el interés, tanto particular como público, por la conservación del ente social y la realización de su objeto, han creado la institución de la exclusión, para poder limitar el efecto de la resolución del contrato, haciendo cesar la relación social limitadamente a un socio, sobreviviendo la sociedad con los socios restantes.

Así, podemos sostener que los fundamentos de la institución de la exclusión del socio están encuadrados por un claro interés público en la conservación del ente societario y la realización de su objeto, de lo cual se desprende el nacimiento de esta figura jurídica, que limita los efectos de la condición resolutoria tácita de los contratos bilaterales, limitándolos sólo al socio infractor o incumplidor; fijándose causales legales.

Sin embargo, al tenor del derecho societario, el interés preponderante en la conservación de la sociedad y la realización de su objeto social, recae principalmente en los propios socios, a quienes se les ha conferido el derecho de exclusión en los casos establecidos en la ley, por una parte; y por otra, en virtud de encontrarnos dentro del ámbito del derecho privado, los propios socios a través de su autonomía de la voluntad, pueden pactar las causales de exclusión que estimen necesarias para sancionar el incumplimiento de deberes u obligaciones sociales, atendiendo a la naturaleza de la estructura social, incluyéndolas en el contrato o los estatutos.

En conclusión, podemos postular una suerte de teoría ecléctica sobre los fundamentos de la institución de la exclusión de un socio. Así, el fundamento central que inspira la institución de la exclusión del socio es el interés privado en la conservación de la sociedad y tutela de su objeto; sin embargo el interés público no es menor, por lo que el legislador como medio de conservación de la empresa, consagra esta figura jurídica, desligándola de la condición resolutoria tácita, cuyos efectos acarrearán precisamente lo que se trata de evitar, esto es, la resolución del contrato.

Siguiendo con lo anterior, el interés público lleva a consagrar algunas causas legales de exclusión de un socio; pero será la propia sociedad la que ejerza o no el derecho de excluir a uno de sus integrantes, y más aún, en virtud de la autonomía de los particulares en el ámbito de derecho privado, serán los socios quienes podrán fijar todas las causales de exclusión que estimen necesarias para asegurar el buen desarrollo de las relaciones al interior de la sociedad, tanto para la realización de su objeto, como para la propia subsistencia del ente societario.

VII - Fuentes y causales del derecho de exclusión en Chile:

A - Causales legales:

Para analizar la cuestión planteada en el derecho nacional, consideramos conveniente repasar los diversos casos en que la legislación nacional acepta expresa y concretamente en términos favorables y explícitos que un socio pueda ser excluido de una sociedad, para luego, analizar si estos casos específicos de exclusiones son taxativos, o por el contrario, se trata de meras circunstancias específicamente descritas por el legislador, sin perjuicio de la aplicación de reglas generales que puedan permitir excluir a un socio o accionista de una sociedad de acuerdo a las normas de nuestro ordenamiento jurídico.

Podemos señalar diversos casos en que, en los diferentes tipos societarios, nuestra legislación admite exclusiones de un socio de la respectiva sociedad.

1. En la sociedad colectiva civil:

El Código Civil, si bien contempla claros casos de cese del vínculo social limitadamente a un socio, tratados ya en este trabajo, aparentemente no señala un caso específico de exclusión de un socio, más allá de los que podamos establecer en virtud de la voluntad de los socios manifestada en el contrato, lo que estudiaremos más adelante.

No obstante a lo anterior, hay una causal contenida en la norma que si bien no considera un caso de exclusión propiamente, en virtud de los términos empleados, podemos considerarla como tal, si realizamos un análisis exhaustivo de la misma.

a) Incumplimiento de la obligación de entregar el aporte:

La norma que establece esta causal es la contenida en el artículo 2.101 del Código Civil, que establece: “Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta.”

A nuestro parecer esta norma establece un caso de exclusión de un socio, ya que si bien el artículo se refiere a la “disolución de la sociedad”, esta disolución podemos entenderla como una exclusión, atendiendo a que la disolución del vínculo social, puede perfectamente estar limitada al socio que incumple la obligación de realizar el aporte, subsistiendo la sociedad con los demás socios, en el caso que los hubiere, y que éstos desearan seguir con ella aún sin el aporte del socio incumplidor.

Respecto a lo anterior, Sandoval López, concordando con esta postura, señala: “los socios que desean formar parte la sociedad, prometen poner algo en común con la mira de repartir los beneficios que de ella provengan. Frente al incumplimiento de la obligación de enterar el aporte, los otros socios pueden exigir el cumplimiento forzado de ella (embargo de bienes y venta de los mismos) o marginar al incumplidor de la sociedad. En ambas hipótesis no se produce la disolución de la sociedad, pero nada

impide que los socios puedan pedirla de acuerdo con el artículo 2101 del Código Civil.”⁵¹

Debemos tener presente, la relevancia de la normativa societaria del Código Civil, “no sólo por ser la sociedad colectiva civil una entidad de aplicación más frecuente de lo que se suele pensar, sino porque la normativa sobre las colectivas civiles siempre se ha considerado como el substrato común no sólo de las demás sociedades personalistas, sino también de las anónimas, las cuales no han podido romper el vínculo con aquellas, de suerte que las reglas de la colectiva civil pudieran ser aplicables a la anónima en todo lo que no hubiere regla expresa en contrario y en lo que no resultare incompatible con su naturaleza”.⁵²

Lo señalado en el párrafo anterior refuerza nuestra postura en el análisis del artículo al que venimos refiriéndonos, ya que como veremos más adelante, tanto en la sociedad colectiva mercantil como en las sociedades anónimas, el incumplimiento en la realización del aporte es causal de exclusión, por lo que podemos establecer que es una causal general de exclusión de todos los tipos societarios.

Por otra parte consideramos importante señalar, que en la legislación societaria chilena, el contrato de sociedad es un contrato solemne, no un contrato real, por lo que no requiere la entrega del aporte acordado para su perfeccionamiento, lo que se desprende de la definición de sociedad contenida en el artículo 2.053 del Código Civil, citada anteriormente. De esta forma, la calidad de socio se adquiere desde el momento en que se cumplen las solemnidades establecidas por la ley para la creación de una sociedad, independientemente de que se haya enterado o no el aporte.

El incumplimiento en la entrega del aporte, es así una clara causal de incumplimiento de una obligación con la sociedad, y que la ley sanciona con la exclusión del socio moroso, disolviéndose el vínculo social limitadamente a éste. La obligación a la que aludimos es considerada de la esencia del contrato, como lo establece el artículo 2.054 del Código Civil, que señala: “No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en

⁵¹ SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, “Manual de Derecho Comercial”, Tomo I, p. 341.

⁵² CONCHA GUTIÉRREZ, CARLOS, “Informe de memoria de doña Tatiana Arraigada Bustos”, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero”. Respecto a lo anterior, hay que tener presente que es sólo una obligación esencial del contrato y no un elemento esencial de éste para su perfeccionamiento, bastando para ello la estipulación de *ponerse algo en común*.

2. En la sociedad colectiva mercantil

El Código de Comercio a propósito de la sociedad colectiva nos señala ciertos casos de exclusión del socio. Cabe recordar que las circunstancias o casos descritos a continuación, se aplican también a la sociedad de responsabilidad limitada y a la sociedad comandita, por expresa remisión del estatuto de ambas a las normas legales recién citadas.

a) Retardo en la entrega del aporte:

Esta causal no es otra que la de “Incumplimiento de la obligación de entregar el aporte” a la cual nos referimos respecto de la sociedad colectiva civil. Es por esto que todo lo señalado respecto a esa causal es también aplicable a la sociedad colectiva mercantil, respecto de este caso de exclusión de socio.

El Código de Comercio regula esta causal en su artículo 379, que establece:

“El retardo en la entrega del aporte, sea cual fuere la causa que la produzca, autoriza a los asociados para excluir de la sociedad al socio moroso, o proceder ejecutivamente en contra de su persona y bienes para compelerle al cumplimiento de su obligación.

En uno y otro caso el socio moroso responderá de los daños y perjuicios que la tardanza ocasionare a la sociedad.”

En el artículo citado, el legislador señala expresamente que estamos frente a un caso de exclusión, a diferencia del artículo 2.101 del Código Civil al que nos referimos. Así también se alude con la palabra “retardo” al incumplimiento de la obligación, que aunque podrá parecer distinto a “faltar a su promesa”, es en el fondo otra forma de

referirse al mismo incumplimiento de la obligación de entregar o hacer el aporte estipulado en el contrato, que el legislador sanciona otorgándole el derecho a los consocios del incumplidor de excluirlo de la sociedad, cesando la relación social limitadamente a éste.

Ponsa Gil indica sobre este tema: “el término o términos señalados para la entrega de dineros son improrrogables; fijados en el contrato de compañía o por el socio gestor, y en caso de ser prefijado, establecida la caja, tiene derecho la sociedad a proceder ejecutivamente contra el socio moroso o a rescindir el contrato y declararle excluido de ella, reteniendo las cantidades que correspondan en la masa social.”⁵³

Respecto al derecho alternativo que se otorga en este artículo, en cuanto a proceder ejecutivamente frente al socio incumplidor, debemos tener presente que no es más que el reflejo de la norma del artículo 1.553 del Código Civil sobre el efecto de las obligaciones, que consagra la institución de la ejecución forzada de la obligación y la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento genere, en concordancia con el derecho alternativo de resolver el contrato o pedir su cumplimiento con indemnización de perjuicios, consagrado en el artículo 1.489 del mismo cuerpo legal, ya analizado anteriormente; lo que se expresa en el inciso segundo del artículo del ordenamiento mercantil que estudiamos.

De lo ya señalado podemos concluir que si bien el legislador comercial utiliza distintos términos que el legislador civil, de forma que la norma aparece más completa y precisa, la causal contenida es la misma y debemos entenderla como una causal general del derecho societario chileno, presente incluso en las sociedades de capital, como veremos nuevamente al analizar las causales establecidas en la Ley sobre sociedades anónimas.

La exclusión respecto de esta causal, no se erige como una sanción, sino como un medio de conservación del ente social; presentándose como una alternativa para los socios que han cumplido con la obligación de realizar el aporte y que no desean ver

⁵³ PONSÁ GIL, J.: Sociedades Civiles, Mercantiles, Cooperativas y de Seguros. Tratado Teórico y Práctico; Tip. El Anuario de la Exportación, Barcelona, 1911, p.81.

frustrado su anhelo de llevar a cabo el objeto por el cual se constituye la sociedad, frente a un socio incumplidor, al que simplemente se le excluye.

b) Aplicación de los fondos comunes a los negocios particulares:

Esta causal de exclusión de un socio se encuentra contenida en el numerando segundo del artículo 404 del Código de Comercio, que señala:

“Se prohíbe a los socios en particular:

2.º Aplicar los fondos comunes a sus negocios particulares y usar en éstos de la firma social.

El socio que hubiere violado esta prohibición llevará a la masa común las ganancias, y cargará él solo con las pérdidas del negocio en que invierta los fondos distraídos, sin perjuicio de restituirlos a la sociedad e indemnizar los daños que ésta hubiere sufrido.

Podrá también ser excluido de la sociedad por sus consocios.”

La causal de exclusión que estudiamos se refiere a la situación en que un socio que tiene acceso a los fondos o dineros sociales, por estar éstos bajo su tutela de administración y cuidado, los emplea sin el consentimiento de sus consocios en sus negocios particulares. Ante esta situación, el legislador otorga el derecho, a los consocios del infractor de la norma y del deber social correlativo, a excluirlo de la sociedad.

El numerando citado no sólo consagra el derecho de los consocios de excluir al socio infractor, sino además, y como es lógico, lo sanciona con la restitución de los fondos a la sociedad, debiendo llevar a la masa común toda ganancia que obtenga, soportando solo las pérdidas si las hay, y debiendo indemnizar a la sociedad de los perjuicios que le pueda haber ocasionado.

Esta causal legal de exclusión implica un incumplimiento doloso y falta grave a un deber social, deber inherente a la calidad de socio de una sociedad colectiva. Debemos tener presente además, que en la sociedad colectiva mercantil, en virtud del artículo 385 y 386, de no designarse la persona del administrador de la sociedad, la

administración le corresponde a todos los socios, entendiéndose entre ellos un mandato tácito y recíproco de administración.

Desde otro punto de vista, la infracción a esta norma conlleva además una transgresión del deber general de no atentar en contra del derecho de propiedad ajeno. Es así como el comportamiento del socio infractor configura además un ilícito penal de apropiación indebida, bajo la modalidad de la distracción, lo que está tipificado en el Código Penal en el numerando primero del artículo 470.⁵⁴

⁵⁴ Concordamos en este tema con la memorista Tatiana Arriagada, que en la página 33 de su trabajo ya aludido, señala a este respecto: “La apropiación indebida en nuestro Código Penal, es esencialmente un delito que consiste en quedarse con las cosas ajenas, violando la obligación de entregarlas o devolverlas, causando con ello perjuicio. El ordenamiento jurídico la considera sólo una hipótesis más de estafa, sin atribuirle una denominación especial.

Por otra parte, la figura de la apropiación indebida tiene dos verbos rectores, *apropiarse* y *distraer*. El concepto de *apropiarse* importa el ejercicio de actos de dominio respecto de una cosa que se tiene en calidad de tenedor fiduciario (es decir, reconociendo dominio ajeno) y a los cuales su título no da derecho, o bien la negativa a devolver o entregar dicha cosa cuando ésta es exigida. En tanto que se ha entendido por *distracción* el hecho de dar a la cosa un uso o destino distinto del que le está asignado, ocasionando con ello perjuicio a su dueño.

En lo que al supuesto de hecho contemplado en el artículo 404 N° 2 del Código de Comercio se refiere, somos de la opinión que se trata de una apropiación indebida por distracción., toda vez que se está utilizando en los negocios propios dineros de la sociedad.

Por último, creemos importante destacar que la apropiación indebida está contemplada entre los delitos que los tratadistas denominan como de abuso de confianza, y tipifica excepcionalmente como delito penal el incumplimiento de una determinada obligación que causa perjuicio. En efecto, por regla general, el incumplimiento de obligaciones no constituye un delito penal, sino que a lo más merece reproche civil. Sin embargo, la figura de la apropiación indebida cobra especial gravedad debido a que una de las partes en la relación jurídica ha entregado a la otra un poder de hecho que importa para aquélla la renuncia a lo que Carrara denomina “la defensa privada”, es decir, “... de sus medios de vigilancia, de resguardo o defensa en contra un posible incumplimiento o un mal uso de la cosa o poder entregados. De este modo, el cumplimiento de la obligación correlativa queda librado a la voluntad unilateral de la otra parte, y el primer contratante sólo dispondrá de remedios a posteriori para el caso de incumplimiento.” Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, tomo III, página 424.”

El legislador consagra el derecho de exclusión del socio en el inciso final del numerando que analizamos, de forma tal, que no aparece como una sanción a la falta al deber social del socio infractor, sino como un medio de conservación del ente social, en que uno de los socios ha traicionado la confianza de los demás, por lo que permite que el socio en conflicto sea alejado por sus consocios del ente social.

c) Utilización de la razón o firma social en los negocios particulares:

Esta causal de exclusión está consagrada en común con la causal anterior, en el mismo numerando segundo del artículo 404 del Código de Comercio, ya citado. Debido a esto presentan un tratamiento similar por parte del legislador, como veremos a continuación.

El concepto de firma social se corresponde al de razón social, que es definido en el artículo 365 del Código de Comercio, bajo el encabezado “*De la razón o firma social en la sociedad colectiva*”, a saber:

“La razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios o de algunos de ellos, con la agregación de estas palabras: *y compañía*.”

En el artículo 366, inciso primero, del Código de Comercio se señala, a su vez:

“Sólo los nombres de los socios colectivos pueden entrar en la composición de la razón social.”

Otro artículo que consideramos importante citar a este respecto es el número 370 del Código de Comercio que establece:

“Los socios colectivos indicados en la escritura social son responsables solidariamente de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social.

En ningún caso podrán los socios derogar por pacto la solidaridad en las sociedades colectivas.”

Respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, que como indicamos anteriormente, se ven reguladas también por las normas de las sociedades colectivas mercantiles, creemos preciso citar el artículo cuarto de la Ley 3.918, sobre sociedades

de responsabilidad limitada, que para este tipo societario establece en sus dos primeros incisos:

“La razón o firma social podrá contener el nombre de uno o más de los socios, o una referencia al objeto de la sociedad. En todo caso deberá terminar con la palabra “limitada”, sin lo cual todos los socios serán solidariamente responsables de las obligaciones sociales.

En lo no previsto por esta ley o por la escritura social, estas sociedades se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas, y les serán también aplicables las disposiciones del artículo 2104 del Código Civil y de los artículos 455 y 456 del Código de Comercio.”

Respecto de las sociedades en comanditas mercantiles; que como señalamos, también se rigen supletoriamente por las normas de la sociedad colectiva mercantil, por expresa disposición de la ley en su artículo 474 del Código de Comercio; creemos importante citar la norma referida a la razón o firma social establecida en el artículo 476 del referido cuerpo legal, que indica:

“La sociedad en comandita es regida por una razón social, que debe comprender necesariamente el nombre del socio gestor si fuere uno solo, o el nombre de uno o más de los gestores si fueren muchos.

El nombre de un socio comanditario no puede ser incluido en la razón social.

Las palabras y *compañía* agregadas al nombre de un socio gestor, no implican la inclusión del nombre del comanditario en la razón social, ni imponen a éste responsabilidades diversas de las que tiene en su carácter de tal.”

La causal de exclusión de un socio consagrada en el numerando segundo del artículo 404, que prohíbe usar en los negocios particulares la razón o firma social, se presenta, al igual que la causal anterior, como un medio de conservación de la sociedad respecto al abuso de confianza en que ha incurrido uno de los socios para con los demás, a los que la ley les otorga el derecho de excluir al infractor del ente social y continuar la sociedad sin él. A este respecto es preciso señalar que esta causal atiende directamente al carácter de sociedad de persona, donde la confianza cobra gran importancia, por encontrarnos ante un contrato *intuitu personae*.

Al igual que en la causal anterior, el legislador sanciona además al socio trasgresor de la prohibición legal de usar la firma o razón social en los negocios particulares, con la obligación de llevar a la masa común las ganancias y cargar él solo con las pérdidas si las hubiere, además de indemnizar los perjuicios que haya generado a la sociedad.

Este caso es quizás más grave que el de la causal anterior, ya que el artículo 370 del Código de Comercio, que citamos anteriormente, señala que los socios son solidariamente responsables de las obligaciones contraídas bajo la razón social, lo que acarrea un riesgo enorme para el patrimonio social y de cada uno de los socios, ya que, en principio, deberán responder solidariamente de las obligaciones que los negocios particulares del socio infractor hayan generado.

La infracción de la que se desprende esta causal de exclusión de un socio, al igual que en el caso de la causal anterior, implica también una transgresión al deber general de no atentar en contra de la propiedad de los demás individuos. Así, consideramos que esta causal encuadra dentro del tipo penal del artículo 468 y 470 numerando cuarto del Código Penal, sancionado con las penas de la estafa.⁵⁵

Es importante señalar también, el efecto que la exclusión puede causar sobre la razón social, tanto en esta causal de exclusión, como en las demás ya analizadas anteriormente, al respecto Ponsa Gil señala: “En todos estos casos... ..se rescinde el contrato social excluyendo de la sociedad al socio culpable y continúa la compañía entre los demás asociados, modificándose el nombre de la razón social, si el nombre de socios excluidos estuviere en ella. Esa exclusión debe hacerse contar en el Registro Mercantil para que produzca efectos contra terceros.”⁵⁶

⁵⁵ Concordamos en este tema con la memorista Tatiana Arriagada, que en la página 34 de su trabajo ya aludido, señala a este respecto: “... el socio infractor que se ha atribuido poder de representación de la sociedad para celebrar actos jurídicos en su beneficio personal, ocasionando perjuicio a la compañía, ha incurrido en el delito previsto en el artículo 468 del Código Penal, figura sancionada con las penas de la estafa del artículo 467 del mismo cuerpo legal.”

⁵⁶ PONSÁ GIL, J., *op. cit.*, p. 20.

- Conclusión:

Podemos establecer, en vista de lo ya desarrollado, que en las tres causales legales en estudio no hay un carácter sancionatorio de la ley, sino un medio de conservación de la sociedad. No obstante lo anterior, nada impide que en las causales convencionales que establezcan los propios socios, como veremos más adelante, sí haya una sanción civil frente a un comportamiento no deseado de alguno de los socios.

A su vez, podemos señalar que aparte de la causal general de exclusión referida al incumplimiento de realizar el aporte, elemento de la esencia del contrato de sociedad, las otras dos causales que el legislador establece atienden a la necesidad de conservación del ente societario, frente al incumplimiento de un deber social reflejado en una prohibición legal.

Respecto a la primera causal, la que hemos establecido como general frente a todos los tipos sociales, podemos atender que se refiere a un mero incumplimiento, pero respecto de las otras dos causales ya estamos frente a un comportamiento doloso o a lo menos culposo del socio infractor de la norma y del deber social que se desprende del contrato. Así, podemos concluir que la exclusión de un socio puede tener cabida tanto frente al incumplimiento de una obligación, como ante la transgresión de un deber social.

3. En la sociedad anónima:

Al igual que en el Código Civil, La Ley 18.046, no contiene un caso expreso de exclusión de un accionista de la sociedad, pero así mismo, podemos encontrar una norma en la que está contenida la causal general de exclusión, respecto al incumplimiento de realizar el aporte a la sociedad, lo que en este tipo societario dice relación con el pago de las acciones suscritas.

a) Incumplimiento en el pago de las acciones suscritas:

Esta causal, reflejo de la causal general de exclusión, está contenida en la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas en su artículo 17, que establece:

“Cuando un accionista no pagare oportunamente el todo o parte de las acciones por él suscritas, la sociedad podrá vender en una Bolsa de Valores Mobiliarios, por cuenta y riesgo del moroso, el número de acciones que sea necesario para pagarse de los saldos insolutos y de los gastos de enajenación, reduciendo el título a la cantidad de acciones que le resten. Lo anterior es sin perjuicio de cualquier otro arbitrio que, además se pudiere estipular en los estatutos.”

Debemos entender, al tenor del artículo 17, que no sólo basta el incumplimiento en la obligación de enterar el todo o parte de las acciones suscritas por el socio, para que proceda la exclusión del mismo de la sociedad, lo desarrollaremos a continuación, ya es necesario que el incumplimiento se refiera al total de las acciones suscritas, lo que difiere de la causal de exclusión general en los demás tipos societarios.

Es importante observar también, que en la frase final del artículo citado, podemos ver una clara remisión a la voluntad de las partes y la libertad de establecer en los estatutos “arbitrios” o pactos, a los que nos referiremos dentro de las causales convencionales de la exclusión de un socio.

El artículo que estudiamos plantea la causal general de exclusión, cuya importancia, como se ha señalado es enorme, ya que “la formación del capital, no es, pues una simple exigencia de la ley, sino una necesidad absoluta de carácter económico.”⁵⁷

Pero esta causal no se presenta de una forma directa, ya que se requerirá que el incumplimiento de la obligación de pagar oportunamente las acciones suscritas, se refiera al total de éstas, ya que de realizarse un pago parcial, conservará el socio incumplidor su calidad de accionista en virtud de las acciones efectivamente pagadas.

⁵⁷ RIVAROLA, MARIO, “Tratado de derecho comercial argentino”, Cía. Argentina de Editores, 1940, p. 237.

Es importante destacar así, que al tenor del artículo 17, “la sociedad podrá vender en una Bolsa de Valores Mobiliarios, por cuenta y riesgo del moroso, el número de acciones que sea necesario para pagarse de los saldos insolutos y de los gastos de enajenación, reduciendo el título a la cantidad de acciones que le resten”, de lo que podemos desprender, que para que proceda como causal de exclusión, el saldo insoluto y los gastos de enajenación, deben dejar reducido a cero el título, sin que reste acción alguna.

La causal en estudio ha sido muy discutida en doctrina, ya que parte de ésta señala que este caso no estamos frente a una causal de exclusión de un socio. Se alude como argumento al artículo 100 de la ley 18.046, que señala:

“Ningún accionista, a menos que consienta en ello, podrá perder su calidad de tal con motivo de un canje de acciones, fusión, incorporación, transformación o división de una sociedad anónima”.

A nuestro parecer la norma citada es clara y precisa respecto de los casos en que no podría proceder una exclusión, aludiendo, a nuestro entender, a una especie de retiro forzoso o separación involuntaria.

El argumento principal que pugna con esta causal de exclusión, señala que estamos frente a un caso de venta forzada que realiza la sociedad en representación del socio incumplidor por autorizarlo así la ley; de forma que sólo hay una transferencia de los derechos sociales y no hay un menoscabo del patrimonio social, ya que no es la sociedad la que soporta la exclusión en su patrimonio. Ante estos poderosos argumentos debemos señalar, que como vimos en el caso de la transferencia de la participación social o cesión de los derechos sociales, no consideramos que un cambio en el titular de los derechos constituya un caso de exclusión, ya que hay una continuación del vínculo social, como en el caso de los herederos o legatarios del socio, por lo que no consideramos que haya realmente un cese de la relación social limitadamente a un socio, sino sólo un cambio en el titular de los derechos.

No obstante lo señalado, creemos que esta causal de exclusión sí es procedente. En primer lugar porque en la causal general de incumplimiento en la realización del aporte, no es la sociedad la que soporta la exclusión con un menoscabo

de su patrimonio, ya que precisamente procede la exclusión porque los aportes del socio excluido no han sido enterados.

Por otra parte debemos considerar, en virtud de lo ya desarrollado respecto de la transferencia de la participación social, que la simple enajenación de los derechos sociales del socio incumplidor, a un tercero, no es un caso de exclusión. Pero la diferencia en este caso, radica en que la transferencia es un reflejo de la voluntad de la sociedad y no la del socio cuyas acciones se enajenan. Aún así, siguiendo esa línea de pensamiento, nada obstaría a que sea la propia sociedad quien adquiera esos derechos, reduciendo su capital; o que alguno de los demás accionistas se convierta en el adquirente de esas acciones, con lo que la transferencia no acarrearía la inclusión de un tercero en la sociedad. Por otro lado puede que nadie compre las acciones, o nunca se pongan a la venta, con lo que el capital suscrito y no pagado, transcurrido el plazo fijado para ser enterado, o transcurrido los tres años que fija la ley como plazo máximo, en virtud del artículo 11, quede reducido al monto efectivamente suscrito y pagado, con lo que se procedería igual a la exclusión del socio incumplidor.

Como podemos apreciar, esta causal de exclusión de un socio, por la naturaleza jurídica del tipo societario, aparece algo dudosa, ya que la forma en que esta exclusión se lleva a cabo, deja entrever alguna duda respecto a si efectivamente estamos frente a una exclusión u otra forma jurídica.

Para esclarecer la duda respecto a esta causal, creemos de gran utilidad, atender a la definición de la exclusión desarrollada anteriormente, que señala: *La exclusión del socio es el instituto jurídico mediante el cual se pone término a la relación social limitadamente a un socio, por haber incurrido éste en un comportamiento que la ley o el contrato sanciona, dándole derecho a la sociedad o a los restantes socios de apartarlo, pagándole sus derechos en la sociedad.*

De la definición precedente podemos establecer, que en este caso, *se pone término a la relación social limitadamente a un socio*: lo que ocurre independientemente de su voluntad y a través de la venta de las acciones; *por haber incurrido éste en un comportamiento que la ley o el contrato sanciona*: cual es la causal general de incumplimiento en la obligación de realizar el aporte, que en este tipo social se refiere al

no pago de las acciones suscritas; *dándole derecho a la sociedad o a los restantes socios de apartarlo*: la decisión la toma la sociedad ya que la ley señala “podrá vender”.

Del razonamiento anterior, queda claro que, en el fondo, sí estamos frente a una causal legal de exclusión de un socio, toda vez que el vínculo jurídico se ve cortado por la voluntad social, en contra de la voluntad del accionista al que se excluye, en virtud de haber incurrido éste en un incumplimiento sancionado por la ley. En conclusión, podemos sostener que la venta forzada es, en esta causal, la forma por la cual la ley, atendiendo a la naturaleza jurídica del tipo societario, hace cesar el vínculo social del accionista incumplidor.

b) Posibilidad de aplicación de las normas de la sociedad colectiva mercantil a la sociedad anónima cerrada:

Si bien la normativa de la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas no contiene otra causal legal de exclusión del socio, además de la ya desarrollada, creemos importante analizar la posibilidad de aplicación supletoria de las normas de la sociedad colectiva mercantil, en todo cuanto no contradigan las normas especiales del tipo social.

El primer obstáculo con el que nos encontramos dice relación con el carácter de sociedad de capitales que tiene la sociedad anónima en contraposición al carácter de sociedad de personas que tiene la sociedad colectiva, tanto civil como mercantil, donde el elemento *intuito personae* cobra gran relevancia. Frente a esta situación, descartamos desde ya las sociedades anónimas abiertas y especiales, por considerarlas esencialmente de capitales, donde el interés público lleva al legislador a una mayor regulación y control, y donde las diferencias con respecto a las sociedades colectivas son enormes, fundamentalmente por la menor relevancia que tienen la persona de los socios en la realización del objeto social, concentrándose la relevancia en los capitales, por lo que han sido consideradas contratos *intuito in rei*.

Es así, como hemos acotado en esta parte de nuestro trabajo, la posibilidad de aplicación de las normas de las sociedades colectivas mercantiles a las sociedades

anónimas cerradas, las que pueden considerarse un tipo social intermedio entre las sociedades colectivas y las sociedades anónimas abiertas.

A nuestro parecer la aplicación de las normas de las sociedades colectivas a las sociedades anónimas cerradas, en todo lo que no contradigan la regulación especial del tipo societario, es perfectamente viable, por lo que las causales de exclusión de un socio estudiadas respecto de las sociedades colectivas mercantiles, tendrían lugar también en las sociedades anónimas cerradas.

Para sostener lo anteriormente señalado nos apoyamos en la parte de la doctrina que concuerda con nosotros, desarrollada de gran forma tanto en España como en Argentina, donde se gestó el concepto de “pequeña sociedad anónima o de familia”, donde la persona del socio cobra gran importancia. Al respecto citamos al jurista argentino Jorge A. Zunino, para quien la exclusión del socio (la que llama resolución parcial del contrato social) es un “instituto afín a la pequeña y mediana empresa; vamos a excluir por lógica, de nuestras consideraciones a la *sociedad anónima abierta al público*, porque en ella el accionista tiene la oportunidad de retirarse del ente, enajenando sus títulos en el mercado; pero en lo que hace a la anónima cerrada y de familia no vamos a tener en cuenta, por lo expuesto, la mera referencia al carácter nominativo de las acciones u otro criterio dogmático, sino el supuesto de hecho consistente en que verdaderamente se denote una relación interna de carácter *personalista* que, en algunos casos, lleve la necesidad de aplicar principios de resolución parcial aunque el “tipo” social sea el de los “excluidos” por la ley y aunque - esto es lo importante - no haya sido contemplada contractualmente”.⁵⁸

De lo anterior podemos desprender, que la aplicabilidad de las normas de la sociedad colectiva mercantil, es posible por el carácter personalista, o por la naturaleza *intuito personae*, del contrato de sociedad anónima cerrada, donde la persona del socio cobra importancia, de lo que se desprenden derechos y obligaciones propios de una sociedad de personas, aún manteniendo en su forma una estructura de sociedad de capitales.

⁵⁸ ZUNINO, JORGE O., “Sociedades Comerciales, Disolución y Liquidación”, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1984, p.75. en ARRAIGADA, TATIANA, *op. cit.*, p. 70.

En consecuencia, a pesar de estar frente a un tipo social anónimo, hay una naturaleza jurídica basada en la persona del accionista, por lo que no sólo se rige por las normas especiales del tipo societario, sino también por la normas de la sociedad de personas, atendiendo esencialmente a la relevancia de los socios en la formación y funcionamiento del ente societario, de lo que se derivan importantes deberes y obligaciones sociales. Es decir, la especial aptitud y cualidades de los socios es un elemento relevante que los ha llevado a confiarse mutuamente.

A nuestro parecer, si bien en la sociedad anónima cerrada, como tipo societario, la administración está entregada por la ley a órganos especiales, en virtud de la autonomía de la voluntad de los socios, esto puede ser alterado de gran forma en los estatutos, entregando en la práctica la administración a los socios en su calidad de dueños de la sociedad; como lo señalamos en el presente trabajo, a modo ejemplar, al referirnos a la naturaleza jurídica “De las sociedades anónimas en particular”, bajo el título de la “Naturaleza Jurídica de las normas que regulan las sociedades”. Lo que se ve reforzado en las sociedades en que hay un reducido número de accionistas, o de accionistas con derecho a voto, donde las sociedades anónimas cerradas pierden en la práctica su carácter de anonimato, tanto en su formación como en su desarrollo.

Con la intención de apoyar nuestra postura, remitámonos al Informe del Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, efectuado por la Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno de la época, que señala: “Como se desprende de las consideraciones precedentes, el proyecto persigue desligar a las sociedades anónimas cerradas o familiares, de exigencias, formalidades e informaciones que no se compadecen con su auténtica naturaleza. Por otra parte, liberar al Estado de la innecesaria carga que significa fiscalizar a entidades en las que no se encuentra comprometida la fe pública”.

Del párrafo anterior podemos desprender claramente la valoración de la distinción entre sociedades anónimas abiertas y cerradas, por la gran diferencia que pueden contener en su naturaleza jurídica. Lo que se manifiesta claramente en la propia Ley 18.046 en su artículo 14, donde se consagra el derecho a los socios de la sociedad anónima cerrada a establecer normas estatutarias, que restrinjan la libre cesión de las acciones, lo que a nuestro entender, se debe claramente al reconocimiento que el propio legislador da a la distinta naturaleza jurídica de este tipo societario respecto de

su hermana abierta, en atención al carácter personalista de la sociedad anónima cerrada.

Reforzando esta idea, me remito al Informe del Proyecto de Ley de Sociedades Anónimas, evacuado por el Ministerio de Hacienda para el Presidente de la República, que señala: “Por otra parte, el tiempo ha demostrado que la concepción jurídica original de la sociedad anónima ha sido sobrepasada por los hechos. No sólo es la especie social propia a la gran empresa, a la multiplicidad de inversionistas, sino que es también un instrumento útil para la sociedad cerrada o familiar, integrada por pocos socios, siempre que se la libere de exigencias y controles que carecen en tal caso de sentido y justificación”.

En conclusión, la sociedad anónima cerrada se presenta, efectivamente, como un ente intermedio en el cual confluyen elementos de la sociedad anónima abierta y sociedades de capital, con los de la sociedad colectiva mercantil como sociedad de personas. Entendiendo este carácter mixto, consideramos que no habría obstáculo para la aplicación de las normas de las sociedades colectivas mercantiles a las sociedades anónimas cerradas en aquello donde no se contradiga a las leyes especiales que la regulan, por lo que a nuestro parecer las normas sobre la exclusión de un socio consagradas respecto de las sociedades colectivas mercantiles, podrían ser aplicables a la sociedad anónima cerrada.

4. Conclusión:

De la simple lectura de las disposiciones legales que hemos tratado recientemente, podemos arribar a la conclusión que el propio legislador nacional ha establecido en los diversos regímenes de sociedad causales concretas de exclusión de un socio de los diversos tipos societarios.

En consecuencia, podemos concluir que no contraviene el orden público económico que un socio o accionista de una sociedad pueda ser excluido de la misma, ya que el propio legislador ha establecido dicha posibilidad en forma concreta y específica.

Ahora bien, cabe preguntarse si es posible que un socio pueda ser excluido de la sociedad fuera de los casos señalados en el título precedente.

Para contestar esta inquietud recién planteada, creo conveniente repasar algunas ideas acerca de los principios generales del contrato de sociedad, y de la legislación general del Derecho Privado.

A nuestro juicio, un socio u accionista tiene no sólo la obligación de pagar su aporte, además tiene una serie de otras obligaciones que emanan de la naturaleza misma del contrato de sociedad, lo que ya pudimos vislumbrar respecto de las causales legales de exclusión de un socio de la sociedad colectiva mercantil. Pero fuera de estas causales legales, hay numerosos deberes y obligaciones que el contrato de sociedad conlleva, y que en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes pueden ser resguardados a través de la institución de la exclusión.

Al efecto, el artículo 1.546 del Código Civil, aplicable al cumplimiento de todas las obligaciones que se contraigan en nuestro ordenamiento jurídico, dispone el principio de buena fe señalando: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

De esta manera, el contrato de sociedad es un contrato de ejecución continua, y continuamente debe ejecutarse de buena fe, lo que significa que el socio o accionista debe durante toda la vida de la sociedad, actuar de buena fe para con la sociedad, y muy en particular respetar los elementos de la esencia del contrato de sociedad que deben permanecer vigentes durante la vida de la sociedad y guardar un adecuado deber de lealtad para con el ente social.

La Ley 18.046 ha regulado en su artículo 17, como veíamos, una causal de exclusión del accionista que no ha enterado su aporte, con lo que queda reconocido por el propio ordenamiento la posibilidad de excluir a un accionista.

Así, el accionista celebra un contrato de suscripción de acciones con la sociedad, y si no cumple este contrato de suscripción, puede ser excluido de la sociedad. Lo mismo sucederá en el caso de que no cumpla las obligaciones que asume para con la sociedad como consecuencia de haber celebrado este contrato de suscripción de acciones, o de haber celebrado el contrato de sociedad en cuestión.

A nuestro juicio, el socio o accionista tiene no sólo la obligación de pagar su aporte, además tiene una serie de otras obligaciones que emanan de la naturaleza misma del contrato de sociedad.

El destacado jurista Joaquín Garrigues, citando a Wieland, sobre este tema ha expresado: “junto a la obligación individual de aportar existen obligaciones colectivas (Wieland), es decir, obligaciones que se cumplen mediante la Junta General, pero que, en último término, son obligaciones del accionista. Cabe distinguir dos grupos: (a) Obligaciones que corresponden a la Junta como órgano de una sociedad (las precisiones sobre asuntos de la competencia normal de la Junta son, antes de tiempo, ejercicio de un derecho y cumplimiento de una obligación, por ser acuerdos inherentes a la vida de esa sociedad). (b) Obligaciones que corresponden a los accionistas dentro de una junta general (ejemplo: obligación de anteponer el interés de la empresa al interés privado del accionista, y, a ambos del interés público; obligación de actuar de buena fe, etc.).”⁵⁹

El artículo 30 de la Ley 18.046 señala “Los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas.”

De conformidad con lo señalado, a nuestro juicio, el accionista es deudor de la sociedad de un deber de lealtad durante la vida de la misma, y de un deber de buena fe en sus actuaciones para con la sociedad, y su infracción acarrea un incumplimiento de estas obligaciones que el accionista tiene para con la sociedad, que emanan de la naturaleza misma del contrato de sociedad, que son parte consustancial de la sociedad para excluirlo de la misma, lo cual en nuestra opinión no contravendría ningún principio de orden público de ninguna naturaleza. Se trata simplemente de la aplicación del

⁵⁹ GARRIGUES, JOAQUÍN, *op. cit.*, p. 219.

principio de la buena fe que está presente en la vida jurídica en todo ámbito del Derecho Privado, antes de la celebración de los contratos, en su etapa preparatoria, durante su celebración y en su etapa de ejecución.

Lo anterior, es plenamente coincidente con los elementos de la esencia misma del contrato de sociedad, que supone la obligación de todos los socios de estipular un aporte en beneficio común, con miras a repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. Las actuaciones desleales de los socios o accionistas según sea el caso, importan un atentado directo en contra del deber de lealtad y de buena fe que tienen los accionistas para con la sociedad, en conformidad a las reglas generales.

Insistiendo en lo anterior, nos detendremos brevemente en el análisis de los elementos de la esencia del contrato de sociedad. Estos elementos son cuatro: el aporte de los socios, la participación en las utilidades, la contribución en las pérdidas y la *affectio societatis* o intención de formar sociedad. Precisamente la *affectio societatis* es un elemento que dice relación con la real intención de los socios o accionistas de celebrar un contrato de sociedad, y no otro, lo que conlleva a poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. Así, en el caso de un incumplimiento voluntario de una obligación por parte de un socio o accionista, o de infracción grave a un deber social, se entorpece el buen funcionamiento del ente societario, con lo cual se obstaculiza o se busca truncar la obtención de beneficios objeto del contrato de sociedad. Dicho incumplimiento o infracción atentará directamente contra la *affectio societatis*; por lo cual, a través de la exclusión del socio se podrá alejar al infractor o incumplidor, preservando la existencia del ente societario, sin necesidad de la disolución del mismo, velándose por la realización del objeto social.

En conclusión, y luego de todo lo antes señalado, podemos concluir que las causales legales antes señaladas, no tienen un carácter taxativo, por lo cual es perfectamente viable fundamentar la exclusión de un socio en el incumplimiento de una obligación o en la infracción de un deber social establecido en virtud de los principios generales que rigen a los contratos y especialmente al contrato de sociedad, consagrados por el legislador en una multiplicidad de normas.

B - Causales Convencionales:

1. Respecto a las sociedades en general:

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, nos encontramos con que hay una serie de deberes y obligaciones que emanan de la naturaleza misma del contrato de sociedad. A su vez nos hemos referido en otros capítulos del presente trabajo, a la naturaleza privada de las normas jurídicas que regulan el derecho societario, así como también, al importante carácter privatístico que fundamenta la institución en estudio. Con estos elementos podemos sostener ahora, que es precisamente en el ámbito de las causales convencionales donde la institución de la exclusión de un socio alcanza su más clara aplicación y extensión, como manifestación de la voluntad de las partes contratantes, en un ámbito jurídico esencialmente de derecho privado.

Continuando con lo anterior, encontramos que la exclusión es una gran herramienta para la conservación de la empresa y la realización de su objeto social, puesto que mediante ella se desarticulan conflictos internos, continuando con su vida sin el socio cuyo comportamiento se sanciona. Así, esta institución se vuelve a su vez como un medio sancionatorio de los comportamientos no deseados dentro de la sociedad, un mecanismo de autotutela del ente societario, estipulando las partes en el contrato, los incumplimientos de obligaciones y deberes que por la importancia que le reconocen, podrán ser sancionados con la exclusión del socio infractor o incumplidor, más allá de los casos que la ley ha fijado, ya analizados anteriormente.

Es necesario para la procedencia de la exclusión, en este caso, el que exista una causal expresa en el contrato, en los estatutos de la sociedad u otro pacto entre socios; de manera que los socios tengan oportunidad de conocer la sanción al comportamiento o falta en que se incurre, sancionada con la exclusión de su persona de la sociedad de la cual es parte.

La necesidad de la disposición contractual es evidente, ya que de lo contrario el mecanismo de exclusión se convertiría en un método arbitrario de expulsión de un socio, lo que atenta directamente con los derechos del socio afectado, siendo contrario a nuestro ordenamiento jurídico y más específicamente a las garantías constitucionales

del socio, en particular la consagrada en la Carta Fundamental chilena en su artículo 19 en el numerando 24, respecto del derecho de propiedad.

Es necesario, por otra parte, atender a la estructura societaria, la que está determinada por las normas legales y contractuales por las que se rige, teniendo en cuenta también, las obligaciones que de esta estructura se derivan para los socios, así como el grado de compromiso de los negocios particulares con la actividad del ente social, de modo que la exclusión aparezca como una reacción acorde a la conducta que se espera de los miembros de la sociedad atendiendo a su clase o especie. Por ejemplo, en una sociedad colectiva mercantil, sus socios pueden haber estipulado en el contrato social que aquel socio que explote por cuenta propia el mismo rubro del negocio desarrollado por la sociedad, sin el consentimiento unánime de los consocios, podrá ser excluido de la compañía. Esto parece perfectamente conforme con el tipo social colectivo, en que los socios pueden administrar la sociedad y tener acceso, entre otros, a los procesos productivos, costes o clientela del negocio. De manera que la utilización de esta información en un negocio paralelo al social resulta abiertamente desleal para con la sociedad de que forma parte. Sin embargo, podemos advertir que esta misma estipulación no parece razonable con la estructura y normativa de una sociedad anónima abierta. De algún modo, su procedencia no se concilia con los derechos y obligaciones que se derivan de este tipo societario para el accionista; pugna en contra del concepto de inversionista que este presenta, y dificulta enormemente la adquisición de acciones con un afán meramente especulativo.

2. Respecto de las Sociedades Anónimas Cerradas en particular:

Lo que venimos señalando respecto de las sociedades en general, es también aplicable a las sociedades anónimas cerradas. La intención de separar las sociedades anónimas del resto de las sociedades, para su tratamiento, dice relación con la necesidad de hacer un análisis más riguroso de su normativa y las posibilidades de exclusión por causa convencional, que en ellas se presentan.

La Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas dispone en su artículo 22 que “La adquisición de acciones de una sociedad implica la aceptación de los estatutos sociales,

de los acuerdos adoptados en las Juntas de Accionistas, y la de pagar las cuotas insolutas en el caso que las acciones adquiridas no estén pagadas en su totalidad.”

Frente a lo ya señalado, debemos atender, en el caso de la exclusión por una causal convencional, a la necesidad de una estipulación previa que consagre, en los estatutos de la sociedad, en los acuerdos adoptados en las Juntas de Accionistas o en un pacto de accionistas, las distintas causales de exclusión de un accionista. Respecto a esto Georges Ripert ha señalado: “El accionista *es miembro de la sociedad*; no puede ser privado de esta calidad porque habría en ello una verdadera expropiación y es con su consentimiento que su derecho puede desaparecer”⁶⁰. El autor se refiere aquí a un consentimiento anterior al comportamiento sancionado con la exclusión, consentimiento prestado al momento de constituir la sociedad o aceptar sus estatutos, lo que la ley señala claramente en el artículo 22, ya transcrito, donde se establece que la mera adquisición de acciones de una sociedad implica la aceptación de los estatutos sociales y de los acuerdos adoptados en las Juntas de Accionistas. Por otra parte, el artículo 30 de la Ley 18.046, ya aludido, señala que los accionistas deben ejercer sus derechos sociales respetando los de la sociedad y los de los demás accionistas, por lo que, para proceder a la exclusión, basada en una convención de los accionistas, es definitivamente necesario la existencia de una causal establecida previa al comportamiento que se pretende sancionar.

La Ley 18.046, como hemos señalado incesantemente en este trabajo, tiene principalmente una naturaleza privada, más marcada aún en las normas que se refieren a la sociedad anónima cerrada, y a pesar de tener normas de orden público, se remite constantemente a lo señalado en los estatutos, manifestación de la autonomía de la voluntad privada (Nº 12 del artículo 4º, respecto a los requisitos de la escritura social; artículo 10 inciso primero, en relación al capital social; artículo 14 respecto a las limitaciones a la libre cesión de acciones en las sociedades anónimas cerradas; artículo 15 sobre el pago de las acciones; artículo 16 en referencia a los derechos de las acciones no pagadas en su totalidad; artículo 17 respecto al incumplimiento en el pago de las acciones; artículo 20 en cuanto a las preferencias de las acciones; artículo 21 sobre el derecho a voto; artículos 31, 32, 33, 40, 47 respecto al número de directores,

⁶⁰ RIPERT, GEORGES, *op. cit.*, p. 354.

su duración, designación de directores suplentes, su remuneración, delegación de facultades de administración y disposición, aumento del quórum de las reuniones del directorio y forma de citación a ellas; y así sucesivamente en las normas de los demás títulos de la ley 18.046). Por otra parte también hay una constante remisión del legislador a las decisiones de las juntas de accionistas, cuyas decisiones representan también la voluntad de los socios o accionistas de la sociedad anónima.

Podemos concluir, en vista de lo ya señalado, que en la sociedad anónima, en particular la cerrada, la posibilidad de tutelar el cumplimiento de derechos y obligaciones contractuales, a través de la institución de la exclusión de un socio accionista, es claramente viable, bastando con incluir en los estatutos de la sociedad u otro acuerdo entre accionistas, las causales de dicha exclusión que se estimen pertinentes.

Apoyamos lo sostenido tanto en la naturaleza privada de las normas que regulan el derecho societario en nuestro país, como también en el carácter personalista del tipo societario, que como vimos, genera una serie de derechos y obligaciones que exceden a la sola obligación de pagar el aporte.

VIII – Procedimiento de exclusión de un socio:

Corresponde ahora tratar el tema del procedimiento mediante el cual se puede llevar a cabo la exclusión de un socio, analizando si ésta puede efectuarse como medida de autotutela, decidida por la propia sociedad o la mayoría de los socios, o si requiere de una sentencia judicial de exclusión.

A - Autotutela del ente social:

Si consideramos que la institución de la exclusión puede aplicarse por el propio ente social, con un carácter sancionatorio o como medio de conservación de la empresa, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que, como hemos visto,

rige en el ámbito del derecho privado, ya sea manifestada en los estatutos o pacto entre los socios, o en el ejercicio del derecho consagrado por el legislador, nos encontramos con que la declaración de exclusión corresponde a la propia sociedad, como manifestación de la voluntad de los socios que la componen, encaminada a la propia subsistencia de la sociedad y a la realización de su objeto social.

Sobre este tema César Vivante, uno de los padres del derecho comercial moderno, señala respecto de la exclusión: “Su explicación es más simple para quien vea en la constitución de la sociedad un negocio jurídico plurilateral en lugar de un contrato; puesto que tendremos en la exclusión no una sanción contra una violación contractual sino un acto de la persona jurídica de defensa contra quien realice asechanzas respecto de su propio ordenamiento y se haya puesto, por consiguiente, en contradicción con su función de elemento constitutivo de la entidad. Para el que considere, por el contrario, el acto constitutivo como un contrato, con la exclusión tendremos una violación a las sanciones normales (acciones para el cumplimiento o para la resolución del contrato, y para el resarcimiento de los daños), que valen en cuanto a los incumplimientos contractuales, precisamente porque frente al socio que habría violado las obligaciones explícitamente asumidas en el contrato, o presupuestas, por su adhesión al contrato, o por la ley, no se aplicaría la disolución del contrato (esto es de *todo* contrato de sociedades, entendido como vínculo que ligue a *todos* los socios) sino la *exclusión*.”⁶¹

Respecto a lo anterior, siendo conocida ya nuestra postura, y al tenor de la normativa nacional, la sociedad es un contrato, y como tal es procedente la exclusión como reacción a un comportamiento sancionado en el contrato o por el legislador, por el incumplimiento de un deber u obligación envuelto en el contrato. En estos términos, los demás socios que han celebrado el contrato, son quienes están llamados a ejercer el derecho de excluir al socio incumplidor, puesto que para ellos no es un deber, sino un poder, por lo que a nuestro parecer es en el seno de la voluntad de los consocios, adherentes o partes del contrato de sociedad, donde debe tomarse la decisión de excluir o no al socio infractor de la norma legal o convencional.

⁶¹ VIVANTE, CÉSAR, “De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1950, pp. 212 y 213.

El maestro universalmente conocido Tulio Ascareli ha señalado: “Ocurre por acto unilateral <la pérdida de la calidad de socio> de la sociedad en la hipótesis de exclusión del socio de la sociedad, exclusión que representa la expresión de aquel poder disciplinario que todo grupo tiene con respecto a sus propios miembros.”⁶² Al igual que el citado autor, reconocemos cierto poder disciplinario en toda sociedad, poder que se desprende de la autonomía de la voluntad de los socios, que así como les corresponde administrar y tomar decisiones sobre el actuar y funcionamiento de la sociedad, le corresponde también velar por el correcto comportamiento interno de los socios, ya sea por expresa disposición de la ley o por acuerdo convencional reflejado en el acto constitutivo o los estatutos, como se ha visto. Es importante recalcar lo señalado respecto de las causales de exclusión, en cuanto a que a nuestro parecer, deben estar consagradas en la ley o en la ley del contrato; con lo que la expresión del poder disciplinario no es arbitraria, sino simplemente el ejercicio de la autonomía de la voluntad de quienes integran la sociedad, incluyendo al socio infractor, respecto de decidir si es conveniente para el ente social la exclusión de aquél que incurre en determinado comportamiento; un comportamiento que previamente se ha considerado como incumplimiento grave de los deberes u obligaciones sociales, por lo que se ha otorgado el poder de sancionarlo con la exclusión de la sociedad.

El gran Maestro Vivante ha señalado: “el socio excluido puede citar en juicio a las sociedades para que el magistrado declare nula la deliberación de exclusión por falta de las condiciones a las cuales está subordinada, por la ley o por el acto constitutivo (5). Y el magistrado deberá limitarse a examinar solamente si existen o no, según una recta interpretación de la ley, y del indicado acto, las condiciones de hecho, sin entrar en el mérito de la mayor o menor oportunidad de pronunciarla, esto es, en un campo que está reservado a la apreciación de la sociedad; así no podría declarar la nulidad de la exclusión deliberada solo porque haya sido muy exigua la parte del patrimonio social utilizada por el socio en beneficio propio (6).”⁶³

⁶² ASCARELLI, TULLIO: “Sociedades y asociaciones Comerciales”, Ediar SA. Editores, Buenos Aires, 1947, p. 148.

⁶³ VIVANTE, CÉSAR, *op. cit.*, p. 217.

Concordando con Vivante, consideramos que la decisión de exclusión de un socio corresponde al ente social o a los socios restantes, porque es a éstos a quien la ley o el contrato otorga el derecho a excluir a uno de sus miembros. Sin embargo, debemos entender por otra parte, que es difícil que en la realidad el socio excluido acate la decisión de sus consocios sin más, o que no haya desacuerdos respecto del monto de la indemnización que le correspondiere por sus derechos sociales; es por esto, que es muy probable que, aún tomándose la decisión en el seno de la sociedad, se recurra posteriormente a los tribunales de justicia correspondientes. Pero tendremos aquí una segunda etapa de discusión, ya que la exclusión del socio ya habrá sido decidida por el propio órgano social, pudiendo recurrirse de dicha decisión, a un tribunal de justicia.

Debemos ahora analizar, la vía por la cual se podría llevar a cabo esta exclusión en los distintos tipos societarios. En las sociedades colectivas, tanto civiles como mercantiles, y en las demás regidas por sus normas, la ley no regula de una forma estricta su funcionamiento, por lo que podemos inferir, y deducir de todo lo señalado, que serán los socios, sin contar al incumplidor, quienes deban decidir sobre la procedencia o no de la exclusión, llevándola o no a cabo. En virtud de la autonomía de la voluntad, los socios podrán haber estipulado en el contrato, un procedimiento especial para realizar una exclusión, como también fijar un quórum o entregar la decisión a un tribunal arbitral desde un comienzo.

En la sociedad anónima cerrada debemos tratar el tema con mayor ampliación, precisamente por la compleja estructura que presenta este tipo social. Para llevar a cabo la exclusión de un socio accionista de una sociedad anónima cerrada, por haber incurrido éste en una causal legal o convencional, la sociedad requerirá de una reducción de capital, a través de la adquisición de las acciones del socio al que se excluye; a este respecto la ley 18.046 regula la adquisición y posesión de acciones de su propia emisión en los artículos 27, 27 A, 27 B, 27 C, 27 D y en su artículo 28.

El artículo 27, aplicable a las sociedades anónimas cerradas, a las que nos hemos referido principalmente en este estudio, por las razones ya vistas, señala en su numerando 4º:

“Las sociedades anónimas sólo podrán adquirir y poseer acciones de su propia emisión cuando la adquisición:”

“4) Permita cumplir un acuerdo de la junta extraordinaria de accionistas para la adquisición de acciones de su propia emisión, en las condiciones establecidas en los artículos 27 a 27 D.”

La ley 18.046 se refiere a la junta extraordinaria de accionistas en el inciso tercero del artículo 55, señalando que son aquellas que “podrán celebrarse en cualquier tiempo, cuando así lo exijan las necesidades sociales, para decidir respecto de cualquier materia que la ley o los estatutos entreguen al conocimiento de las juntas de accionistas y siempre que tales materias se señalen en la citación correspondiente”

Por su parte el artículo 57 del cuerpo legal en análisis, señala las materias de la junta extraordinaria de accionistas, estableciéndose en su numerando 6º:

“6) Las demás materias que por ley o por los estatutos, correspondan a su conocimiento o a la competencia de las juntas de accionistas”.

De las normas a aludidas podemos desprender, que de establecerse una causal de exclusión de un accionista en una sociedad anónima cerrada, la exclusión del socio deberá ser decidida en junta extraordinaria de accionistas, la cual deberá acordar la adquisición de las acciones de su propia emisión, pertenecientes al socio al que se excluye.

Por otra parte, y remitiéndonos a lo señalado en el análisis de las causales legales de exclusión de un socio de una sociedad anónima, otra forma de llevar a cabo la exclusión de un accionista de la sociedad sería aquella en que el cese del vínculo social limitadamente a un socio se realiza a través de una venta forzada de sus acciones, lo que deberá decidirse en las juntas de accionistas, como órgano que manifiesta la voluntad particular de los socios accionistas.

B - Ante un tribunal:

El artículo 227 del Código de Orgánico de Tribunales establece:

“Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes:”

“4º. Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio;”

“Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil.”

Por su parte, el artículo 415 del Código de Comercio establece:

“Si en la escritura social se hubiere omitido hacer la designación que indica el número 10 del artículo 352, se entenderá que las cuestiones que se susciten entre los socios, ya sea durante la sociedad o al tiempo de la disolución, serán sometidas a compromiso.”

De los artículos citados se desprende que es materia de arbitraje forzoso los conflictos entre los socios o accionistas de un ente social; arbitraje que podrá estar sometido tanto a árbitro arbitrador o amigable componedor, como a un árbitro de derecho o a árbitro mixto, según corresponda.

No obstante lo anterior, consideramos que primero corresponde al propio ente social, en concordancia a lo señalado anteriormente, ya que como señala el párrafo segundo del artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, recién citado, los interesados podrán resolver por sí mismos estos negocios.

A nuestro parecer, por la naturaleza del contrato de sociedad y por la naturaleza de la institución a la que nos hemos venido refiriendo, en virtud de la autonomía de la voluntad, corresponde al propio ente social o a los socios restantes decidir o no la procedencia de la exclusión, lo que en nada obsta a que en caso de desacuerdo o conflicto respecto de la decisión tomada por los socios se pueda someter el conflicto a arbitraje, determinando el árbitro si procede o no la exclusión del socio, o, en su defecto, se pronuncie sobre las distintas circunstancias que la exclusión acarrea, como podrá ser el monto de la indemnización.

Para parte de la doctrina, sólo corresponde a un tribunal arbitral conocer y decidir sobre la exclusión de un socio, ya que la autotutela o autodefensa por parte del ente social sería contraria a derecho, correspondiendo sólo a un proceso judicial la solución de los conflictos. Frente a esta posición consideramos que, si bien el proceso es la forma por la cual en nuestro ordenamiento se deben resolver los conflictos de relevancia jurídica, en virtud de la autonomía de la voluntad que rige en el ordenamiento privado y mercantil, nada obsta para que los particulares regulen sus relaciones jurídicas según la ley del contrato, a lo que ya nos hemos referido extensamente en el presente trabajo, y sólo en el caso de desacuerdo entre los socios que imposibilite la solución del conflicto, se deberá recurrir al pronunciamiento de un tribunal.

Siguiendo con la posición sostenida, podemos señalar además, que existen muchas instituciones del derecho en el ámbito civil y comercial que admiten en grado mayor o menor la autotutela, como por ejemplo la forma de realización de algunas prendas o el derecho legal de retención.

IX - Efectos de la exclusión:

Si bien nuestra legislación no contempla una regulación de los efectos que produce la exclusión de un socio, se hace necesario para el desarrollo del tema en estudio analizar los distintos efectos que produce esta institución, en virtud de la doctrina y el desarrollo de las ideas que hemos expresado.

A - Respecto de la sociedad:

Para determinar los efectos de la exclusión de un socio, debemos primeramente distinguir si la sociedad es de dos socios o de más de dos. “En sociedades de dos

socios, el efecto de la exclusión de uno de los socios produce como consecuencia la disolución de la sociedad.”⁶⁴

Sin embargo, nuestra legislación a partir de la entrada en vigencia de la Ley 19.857 que autoriza el establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, establece una excepción a lo señalado en el párrafo anterior, señalando el artículo 14 de dicha normativa: “En el caso que se produzca la reunión en manos de una sola persona, de las acciones, derechos o participaciones en el capital, de cualquier sociedad, ésta podrá transformarse en empresa individual de responsabilidad limitada, cumpliendo su propietario con las formalidades de constitución establecidas en la presente ley. Para tal efecto, la escritura pública respectiva, en la que deberá constar la transformación y la individualización de la sociedad que se transforma, deberá extenderse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que dicha reunión se produzca, y el extracto correspondiente deberá inscribirse y publicarse dentro del término establecido en la presente ley.”

En las sociedades de más de dos socio, tendremos por primer efecto su subsistencia y continuación sin el socio que ha faltado a la obligación sancionada.

Por regla general, el efecto natural que producirá la exclusión del socio será una disminución del capital social, correspondiente a la parte a la cual el socio tiene derecho, la que le deberá ser pagada.

Sin embargo lo anterior, como hemos visto, en el caso del incumplimiento de hacer el aporte o pagar las acciones, se entiende, que el socio incumplidor no tendrá derecho al pago señalado, salvo que sea en proporción a lo aportado incompletamente. La venta forzada de las acciones de un socio será otra excepción a la regla general establecida respecto a la disminución del capital social como efecto natural de la exclusión del socio.

⁶⁴ VILLEGAS, CARLOS GILBERTO, *op. cit.*, p. 182.

B - Respeto del socio excluido:

El primer efecto lógico de la exclusión del socio, es su alejamiento de la sociedad, como sanción al incumplimiento de un deber u obligación social, dejando de formar parte del ente social.

Excepcionalmente, este alejamiento no será absoluto, ya que “respecto de las operaciones pendientes, el socio excluido participa en los beneficios y soporta las pérdidas, proporcionalmente a lo convenido en el contrato social.”⁶⁵

Un segundo efecto de la exclusión respecto del socio excluido, tiene relación con su participación social ya que “el excluido tiene derecho a percibir el valor de su parte. Para ello será necesario confeccionar un balance de situación patrimonial, donde corresponderá incluir el “valor llave” del negocio, ya que tal valor integra el activo y de otro modo los demás socios se beneficiarían con la parte proporcional de dicho valor correspondiente al socio excluido.”⁶⁶

El profesor Puelma señala a este respecto que “el justo valor de la cuota del socio infractor debe calcularse tomando en consideración el valor de liquidación de la empresa, sin perjuicio de los ajustes por operaciones pendientes y la rebaja por perjuicios.”⁶⁷ Es lógico considerar que si la infracción o incumplimiento del socio excluido ha generado perjuicios a la sociedad, éste deberá responder de ellos, descontándolos al valor de la porción social a pagarse. Cabe tener presente aquí, las sanciones establecidas en el artículo 404 del Código de Comercio, ya desarrolladas bajo el título “Causales Legales”, respecto de la sociedad mercantil.

Por otra parte, como hemos señalado, en el caso que el incumplimiento del excluido diga relación con el pago de su aporte a la sociedad, podrá darse el caso que no tenga derecho a pago alguno por sus derechos sociales.

⁶⁵ VILLEGAS, CARLOS GILBERTO, *op. cit.*, p. 182.

⁶⁶ VILLEGAS, CARLOS GILBERTO, *op. cit.*, p. 182.

⁶⁷ PUELMA ACCORSI, ÁLVARO, *op. cit.* p. 413.

C - Respetto de los terceros:

En cuanto a los efectos de la exclusión frente a los terceros, a éstos sólo les será oponible una vez cumplidas las solemnidades legales de publicidad correspondientes a cada tipo social. Así también, como señalamos anteriormente, el socio excluido seguirá respondiendo ante terceros por las operaciones pendientes en que éstos estén involucrados.

X – La exclusión de un socio en el Derecho Comparado:

Siguiendo con el desarrollo de este trabajo, creemos que un análisis en términos muy generales respecto a la situación que se presenta en el mundo occidental en relación a la posibilidad de excluir a un socio o accionista de una sociedad, nos clarificará si es que en general, se considera o no que contraviene el orden público económico.

Al adentrarnos en este estudio, aparece de manifiesto, sin mayor dificultad, que en general la exclusión de un socio se acepta sin mayores inconvenientes. Las causales por las cuales procede la exclusión, son de diversa índole, y agrupables básicamente en dos categorías:

a) Causales generales de exclusión de un socio o accionista de una sociedad, basadas en el incumplimiento de las obligaciones establecidas por el legislador, y que se entienden integradas al contrato de sociedad por el solo ministerio de la ley.

b) Causales de exclusión de un socio o accionista de una sociedad, basadas fundamentalmente en el incumplimiento de la obligación contractual o estatutariamente establecida. Lo que en definitiva se expresa como la aplicación de los efectos generales del incumplimiento de los contratos por parte de un contratante.

A continuación nos permitimos citar alguna doctrina extranjera que establece la procedencia de la exclusión del socio de una sociedad, con carácter bastante más general.

A – La exclusión en España:

La legislación española contempla la exclusión del socio en diversas normas, aunque sólo en su legislación más moderna utiliza el término “exclusión” respecto de las sociedades de responsabilidad limitada. Sin embargo, como veremos a continuación es una institución que se reconoce en la regulación de los distintos tipos sociales.

El artículo 218 del Código de Comercio español, se refiere a la exclusión como “rescisión parcial del contrato” por vía de sanción a la conducta irregular del socio, estableciendo siete motivos diferentes: 1º uso de los bienes comunes y de la firma social en operaciones por cuenta propia; 2º injerencia del socio no gestor en funciones de administración; 3º fraude de los socios administradores; 4º incumplimiento de la obligación de aportar la parte del capital convenida; 5º violación de la prohibición de hacer competencia a la sociedad; 6º incumplimiento del deber de prestar oficios personales a la sociedad; y 7º incumplimiento de cualquier otra obligación social.

“El efecto rescisorio se produce unilateral y extrajudicialmente; es decir, por virtud de la renuncia del socio que se separa <caso del retiro o separación voluntaria> o por virtud de acuerdo social de acuerdo social, tomado por los demás socios, sin necesidad de declaración judicial previa y dejando siempre a salvo los derechos del socio excluido a recurrir ante los tribunales <caso de la exclusión>”. “Para que la separación o exclusión del socio surta efectos en perjuicio de tercero, es necesario que se inscriba en el Registro mercantil”.⁶⁸

Tanto la sociedad en comandita simple, como la en comandita por acciones se rigen en este aspecto por las normas de la sociedad colectiva, agregando eso sí el

⁶⁸ URÍA, RODRIGO, “Derecho Mercantil”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, 1996, pp. 201 y 202.

Reglamento del Registro Mercantil español en su artículo 180 que, “sólo podrá verificarse en virtud de resolución judicial firme”.

En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada recoge el instituto jurídico de la exclusión del socio en sus artículos 98 a 193. Las causas de exclusión están establecidas en el artículo 98, siendo éstas: 1º el incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias; 2º la infracción por el socio administrador de la prohibición de competencia a la sociedad y 3º el hecho que el socio administrador sea condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad por los daños y perjuicios causados por actos contrarios a la propia Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada o a los estatutos, o realizados sin la debida diligencia. “Estas tres son las causas que podemos denominar legales. Pero al lado de ellas la Ley permite que “con el consentimiento de todos los socios podrán incorporarse a los estatutos otras causas de exclusión o modificarse las estatutarias” (Art. 98). Con esto queda abierta la puerta a causas estatutarias que, por supuesto, podrán convivir con las legales, pero no sustituir o modificar a éstas.”⁶⁹

Para proceder a la exclusión en la sociedad de responsabilidad limitada se requiere de un acuerdo de la Junta General (de los socios), y excepcionalmente en el caso de que se trate de excluir a un socio que tenga una participación igual o superior al veinticinco por ciento en el capital social, se requerirá de resolución judicial firme, salvo que el socio se conforme con la decisión de la junta o se trate de un socio administrador que incurra en causal legal.

En el caso de las sociedades anónimas, la legislación no se refiere expresamente a la exclusión de un socio accionista, pero al igual que en la legislación nacional, encontramos una causal legal de exclusión en el incumplimiento del socio de aportar el capital no aportado. La ley de Sociedades Anónimas española permite enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso (Art. 45). “Esta enajenación es una especie de ejecución privada que en realidad permite a la sociedad acreedora proceder a la ejecución del socio deudor por su propia autoridad, vendiendo las

⁶⁹ *Ibidem* p. 541.

acciones...”. “Si la venta no pudiere ser efectuada se anulará la acción o acciones, con la consiguiente reducción del capital”⁷⁰.

B – La exclusión en Argentina:

El ordenamiento jurídico argentino consagra la exclusión de un socio en diversas normas. El artículo 1734 del Código Civil argentino señala:

“Ningún socio puede ser excluido de la sociedad por los otros socios, no habiendo justa causa para hacerlo.”

Continúa señalando en su artículo 1735:

“Habrá justa causa para la exclusión de algún socio de la sociedad:

- 1 - Cuando contra la prohibición del contrato cediese sus derechos a otros;
- 2 - Cuando no cumplierse alguna de sus obligaciones para con la sociedad, tenga o no culpa;
- 3 - Cuando le sobreviniese alguna incapacidad;
- 4 - Cuando perdiese la confianza de los otros socios, por insolvencia, fuga, perpetración de algún crimen, mala conducta, provocación de discordia entre los socios, u otros hechos análogos.”

La Ley argentina 19.550 del año 1995 sobre Sociedades Comerciales establece, por su parte, una mayor regulación de la exclusión de un socio, a saber:

Exclusión de socios.

“ARTICULO 91.- Cualquier socio en las sociedades mencionadas en el artículo anterior⁷¹, en las de responsabilidad limitada y los comanditados de las en comandita por acciones, puede ser excluido si mediare justa causa. Es nulo el pacto en contrario.

Justa causa.

Habrá justa causa cuando el socio incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones. También existirá en los supuestos de incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada.

Extinción del derecho.

⁷⁰ *Ibidem* pp. 277 y 278.

⁷¹ Sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación.

El derecho de exclusión se extingue si no es ejercido en el término de noventa (90) días siguientes a la fecha en la que se conoció el hecho justificativo de la separación.

Acción de exclusión.

Si la exclusión la decide la sociedad, la acción será ejercida por su representante o por quien los restantes socios designen si la exclusión se refiere a los administradores. En ambos supuestos puede disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue. Si la exclusión es ejercida individualmente por uno de los socios, se sustanciará con citación de todos los socios.

Exclusión: efectos.

ARTICULO 92.- La exclusión produce los siguientes efectos:

- 1) El socio excluido tiene derecho a una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de la invocación de la exclusión;
- 2) Si existen operaciones pendientes, el socio participa en los beneficios o soporta sus pérdidas;
- 3) La sociedad puede retener la parte del socio excluido hasta concluir las operaciones en curso al tiempo de la separación;
- 4) En el supuesto del artículo 49, el socio excluido no podrá exigir la entrega del aporte si éste es indispensable para el funcionamiento de la sociedad y se le pagará su parte en dinero;
- 5) El socio excluido responde hacia los terceros por las obligaciones sociales hasta la inscripción de la modificación del contrato en el Registro Público de Comercio.

Exclusión en sociedad de dos socios.

ARTÍCULO 93.- En las sociedades de dos socios procede la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa, con los efectos del artículo 92; el socio inocente asume el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la aplicación del artículo 94, inciso 8).

Señala la ley 19.550 algunas causales legales de exclusión de un socio:
“ARTÍCULO 37.- El socio que no cumpla con el aporte en las condiciones convenidas incurre en mora por el mero vencimiento del plazo, y debe resarcir los daños e intereses. Si no tuviere plazo fijado, el aporte es exigible desde la inscripción de la sociedad.

La sociedad podrá excluirlo sin perjuicio de reclamación judicial del afectado o exigirle el cumplimiento del aporte. En las sociedades por acciones se aplicará el artículo 193⁷².”

“ARTÍCULO 46.- La evicción autoriza la exclusión del socio, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños ocasionados. Si no es excluido, deberá el valor del bien y la indemnización de los daños ocasionados.”

“ARTÍCULO 133.- Un socio no puede realizar por cuenta propia o ajena actos que importen competir con la sociedad, salvo consentimiento expreso y unánime de los consocios.

Sanción.

La violación de esta prohibición autoriza la exclusión del socio, la incorporación de los beneficios obtenidos y el resarcimiento de los daños.”

Como se puede apreciar, la institución de la exclusión está tratada en Argentina de forma bastante amplia, bastando una “justa causa” para poder proceder a ella, además de las causales expresamente establecidas en la ley.

C – La exclusión en Venezuela:

En la legislación venezolana también encontramos consagrada la institución de la exclusión de un socio, estableciéndose causales legales, más allá de aquellas que las partes puedan pactar.

El Código de Comercio de Venezuela consagra la exclusión de un socio, principalmente en los siguientes artículos:

ARTÍCULO 337.- Pueden ser excluidos de la sociedad en nombre colectivo y en comandita:

1º El socio que constituido en mora no paga la cuota social.

⁷² El mencionado artículo 103, en el caso de las sociedades por acciones no utiliza la denominación “exclusión” pero plantea una forma de ella, consagrando la “caducidad de los derechos” del socio y permitiendo también la venta forzada de las acciones.

2º El socio administrador que se sirve de la firma o de los capitales sociales en provecho propio; que comete fraude en la administración o en la contabilidad; que se ausenta y requerido no vuelve, ni justifica la causa de su ausencia.

3º El socio solidariamente responsable que se ingiera en la administración, cuando no está facultado para ello, o que contraviene las disposiciones de los artículos 232 y 233 o que es declarado en quiebra, entredicho o inhabilitado.

El socio excluido no queda libre de los daños y perjuicios que hubiere causado.

ARTÍCULO 338.- Por la exclusión del socio no se acaba la sociedad.

El socio excluido queda sujeto a las pérdidas y tiene derecho a las utilidades hasta el día de la exclusión, pero no puede exigir la liquidación de esas utilidades o pérdidas sino cuando debe hacerla conforme al contrato social.

Si en el momento de la exclusión hubiese operaciones en curso, debe soportar los riesgos y no puede retirar su cuota social sino dejando la parte necesaria a cubrir aquéllos.

El socio excluido no tiene derecho a una cuota proporcional de las cosas especiales, sino a una suma de dinero que represente el valor de aquéllas.

Artículo 339.- El socio excluido queda obligado para con los terceros por todas las operaciones hechas por la sociedad hasta el día en que la exclusión sea publicada y registrada.”

Respecto de las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, la ley venezolana consagra la causal general de exclusión, permitiéndose la exclusión del socio o accionista que no cumple con efectuar el aporte o pagar las acciones.

D – La exclusión en Perú:

La legislación peruana ha consagrado la exclusión del socio en los distintos tipos sociales en la Ley 26.887 de 1997, denominada Ley General de Sociedades.

El Libro Primero de la Ley 26.887 tiene por nombre Reglas Aplicables a todas las Sociedades, en este libro encontramos normas importantes relacionadas con la exclusión del socio. El artículo 8 consagra la autonomía de la voluntad de los socios en los siguientes términos:

“Convenios entre socios o entre éstos y terceros

Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados.

Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron.”

Por su parte el artículo 22 en su inciso primero consagra la causal general de exclusión:

“Los aportes

Cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a aportar al capital. Contra el socio moroso la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación mediante el proceso ejecutivo o excluir a dicho socio por el proceso sumarísimo.”

La Ley General de Sociedades peruana, consagra en su desarrollo el instituto jurídico de la exclusión con normas específicas para cada tipo social. Respecto a las sociedades anónimas el artículo 248 de la ley aludida señala:

“Exclusión de accionistas.

El pacto social o el estatuto de la sociedad anónima cerrada pueden establecer causales de exclusión de accionistas.

Para la exclusión es necesario el acuerdo de la junta general adoptado con el quórum y la mayoría que establezca el estatuto. A falta de norma estatutaria rige lo dispuesto en los artículos 126 y 127 de esta ley.

El acuerdo de exclusión es susceptible de impugnación conforme a las normas que rigen para la impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas.”

En cuanto a las sociedades colectivas la Ley General de Sociedades del Perú establece en su artículo 276:

“Separación, exclusión o muerte de socio.

En el caso de separación o exclusión, el socio continúa siendo responsable ante terceros por las obligaciones sociales contraídas hasta el día que concluye su relación con la sociedad. La exclusión del socio se acuerda por la mayoría de ellos, sin

considerar el voto del socio cuya exclusión se discute. Dentro de los quince días desde que la exclusión se comunicó al socio excluido, puede éste formular oposición mediante demanda en proceso abreviado.

Si la sociedad sólo tiene dos socios, la exclusión de uno de ellos sólo puede ser resuelta por el Juez, mediante proceso abreviado. Si se declara fundada la exclusión se aplica lo dispuesto en la primera parte del artículo 4.”

Por su parte el artículo 293 se encarga de la exclusión de un socio en las sociedades de responsabilidad limitada:

“Exclusión y separación de los socios.

Puede ser excluido el socio gerente que infrinja las disposiciones del estatuto, cometa actos dolosos contra la sociedad o se dedique por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituye el objeto social. La exclusión del socio se acuerda con el voto favorable de la mayoría de las participaciones sociales, sin considerar las del socio cuya exclusión se discute, debe constar en escritura pública y se inscribe en el Registro.

Dentro de los quince días desde que la exclusión se comunicó al socio excluido, puede éste formular oposición mediante demanda en proceso abreviado.

Si la sociedad sólo tiene dos socios, la exclusión de uno de ellos sólo puede ser resuelta por el Juez, mediante demanda en proceso abreviado. Si se declara fundada la exclusión se aplica lo dispuesto en la primera parte del artículo 4.”

Como podemos apreciar la moderna legislación societaria del Perú consagra ampliamente la institución de la exclusión del socio, extendiéndola expresamente a todos los tipos societarios.

E - La Exclusión de un socio y el Orden Público Económico:

El concepto de orden público económico, es un concepto jurídico indeterminado, y por lo tanto, por su naturaleza flexible y variable, puede diferir de un país a otro. No obstante lo anterior, pareciera ser que los principios económicos del mundo occidental son relativamente similares en cuanto a lo que en un país determinado pueda ser considerado orden público económico en relación a la estructura de una sociedad y la

posibilidad de que un socio o accionista de la misma sea excluido, ya que el nacimiento y evolución de las sociedades, en sus distintas estructuras societarias especiales, ha sido bastante uniforme en el mundo occidental, y actualmente presenta finalidades y características bastante similares en los diversos países.

Como podemos apreciar en los casos que hemos señalado más atrás, nos encontramos con una vigente consagración de la institución de la exclusión del socio, lo que también se puede encontrar en legislaciones tan distintas como la estadounidense, la italiana, la suiza, la de Islas Vírgenes, etc., existiendo numerosos ejemplos en la legislación y doctrinas internacionales que aceptan la exclusión de un socio o accionista de una sociedad, producto del incumplimiento lisa y llanamente de una obligación estipulada en los estatutos sociales, o por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas legales.

De conformidad con lo recientemente expuesto, queda demostrado con una meridiana claridad, y sin ninguna duda de ninguna especie, que en el derecho comparado no contraviene el orden público económico la circunstancia que un socio o accionista de una sociedad, pueda ser excluido de la misma.

XI - Conclusión

Para finalizar el presente trabajo aparece pertinente y de fundamental importancia recoger las principales conclusiones e ideas sostenidas en el desarrollo de este trabajo.

El tema central del presente trabajo ha sido “La Exclusión del Socio en el Derecho Societario Chileno”, tema que a la luz de la legislación nacional y la doctrina nos ha llevado a establecer las siguientes conclusiones:

- 1) El derecho societario a la luz de la legislación nacional, aparece esencialmente regulado por normas que dan un amplio campo de aplicación al Principio de la Autonomía de la Voluntad, pilar básico que regula el derecho privado, el que

autoriza a los particulares a contratar, convenir y estipular libremente sobre todas las materias que no vulneren el orden público económico, los derechos de terceros o las normas que el legislador ha consagrado como de orden público por resguardar el interés general de la sociedad y del Estado.

- 2) El amplio ámbito de aplicación de la Autonomía de la voluntad permite que los socios de una sociedad puedan pactar libremente causales de exclusión de un socio, en virtud de las cuales, incurriendo alguno de los socios o accionistas en un incumplimiento de las obligaciones que el pacto social contiene o en una infracción de los deberes sociales, se autoriza a la sociedad para alejar al socio infractor o incumplidor, pagándole sus derechos sociales, en el caso que corresponda, terminándose parcialmente la sociedad respecto del socio excluido.
- 3) La naturaleza jurídica de la Ley de Sociedades Anónimas, y la realidad que presentan las sociedades anónimas cerradas, permiten establecer claramente que nos encontramos ante una regulación de derecho privado, donde el principio de la Autonomía de la Voluntad es la regla general, lo que permite que la institución de la exclusión de un socio se aplique plenamente a este tipo societario.
- 4) El legislador ha contemplado algunas causales legales expresas de exclusión de un socio, en los distintos tipos sociales, estableciendo una causal general aplicable a todos ellos, que dice relación con el incumplimiento de realizar el aporte por parte de alguno de los socios, lo que atenta en contra de uno de los elementos de la esencia del contrato de sociedad.
- 5) Las causales de exclusión de un socio establecidas por el legislador no tienen un carácter taxativo, pudiéndose fundamentar la exclusión de un socio en cualquier incumplimiento a una obligación o falta grave a un deber consagrado en la legislación contractual societaria.
- 6) Es posible, en virtud de la autonomía de la voluntad, que los socios o accionistas establezcan causales convencionales de exclusión de un socio; siendo necesario para ello que dicha causal esté consagrada previamente en el contrato de sociedad

u otra convención que lo integre, de forma que no se vulneren arbitrariamente los derechos del socio excluido garantizados en la Constitución y las leyes.

- 7) En relación con los números anteriores podemos establecer que la exclusión de un socio tiene como fuente la autonomía de la voluntad de los socios por una parte, y por otra la voluntad del legislador de velar por la subsistencia del ente societario como por la realización de su objeto social.
- 8) La exclusión de un socio, como instrumento jurídico de conservación de un ente social, encuentra su fundamento en el interés tanto público como privado, que se verá reflejado en causales de exclusión legales o convencionales respectivamente, en la conservación del ente social tanto para tutelar la realización del objeto social como para mantener la estabilidad de los entes societarios, base jurídica fundamental de la empresa con la importancia social que ésta conlleva.
- 9) La exclusión de un socio producirá como principales efectos el alejamiento del socio incumplidor o infractor de un deber social del ente societario, así como por regla general, representará un menoscabo en el patrimonio social, debiendo soportar la sociedad el alejamiento del socio, al cual se le pagan sus derechos. La exclusión no podrá, vulnerar los derechos de terceros que se vean involucrados.
- 10) El socio excluido de una sociedad tiene derecho a que se le paguen sus derechos sociales, de forma que no se produzca un enriquecimiento injusto por parte de la sociedad y los socios que la componen, ni represente un menoscabo injusto del patrimonio del excluido.
- 11) La exclusión del socio infractor o incumplidor es un derecho que podrá ejercer el ente social o el resto de los socios en su conjunto, reflejándose como una autotutela o medio de conservación del ente societario, decidiéndose sobre la procedencia y conveniencia de la exclusión, salvo que se estipule otra cosa. De dicha decisión del ente social se podrá recurrir a la justicia, correspondiendo a un tribunal arbitral pronunciarse de este tipo de conflictos. La competencia de un tribunal arbitral no es un tema menor en este caso, ya que el escaso tratamiento que el legislador le ha dado a esta institución, es más fácil hacerlo valer en este tipo de tribunales, en que

hay mayor flexibilidad en la interpretación de la norma y mayor amplitud en la aplicación de los principios generales consagrados por el legislador, especialmente en el caso de un tribunal arbitral compuesto por un árbitro arbitrador o amigable componedor.

12) La institución jurídica de la exclusión de un socio no contraviene el orden público económico y su consagración está ampliamente presente en el derecho comparado.

13) La legislación nacional no contiene un tratamiento orgánico de la institución en estudio, encontrándose su regulación en normas aisladas y en algunos casos a través de un análisis de la misma, sin que se señale necesariamente de forma expresa. Este escaso tratamiento aparece como insuficiente para regular una institución jurídica a la cual se le podría sacar mayor provecho, debido a la utilidad práctica que representa como herramienta de solución de conflictos y protección de los entes societarios. Lo señalado queda de manifiesto al comparar el tratamiento a nivel nacional, con la forma en que se ha consagrado esta institución en las legislaciones extranjeras más modernas, donde se regula esta institución llegando incluso a establecerse expresamente causales generales con carácter amplio, entregando al derecho societario una gran herramienta que facilita el funcionamiento de los distintos tipos sociales, velando por su subsistencia, la realización del objeto social y protegiendo, a su vez, los derechos de todos los socios.

XII - Bibliografía:

- Arriagada Bustos, Tatiana: “De la exclusión del socio en la actual legislación societaria chilena”, Memoria para recibir el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2002.
- Ascarelli, Tulio: “Sociedades y asociaciones Comerciales”, Ediar SA Editores, Buenos Aires, Argentina, 1947.
- Barros Errázuriz, Alfredo: “Curso de Derecho Civil. Primer año”, Editorial Nascimento, Santiago de Chile.
- Concha Gutiérrez, Carlos: “Informe de memoria de doña Tatiana Arriagada Bustos”, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2002.
- Ducci, Carlos, “Derecho Civil Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
- Fueyo, Fernando: “Instituciones de Derecho Civil Moderno”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990.
- García Villaverde, Rafael: Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, España, 1981.
- Garrigues, Joaquín: “Curso de Derecho Mercantil”, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987.
- Innocenti, Osmida: “La exclusión del Socio”, Editorial AHR, Barcelona, España, 1958.
- López Santa María, Jorge: “Los Contratos”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986.

- Meza Barros, Ramón: “Manual de Derecho Civil”, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1995.
- Morand Valdivieso, Luis, “Sociedades”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994.
- Palma Rogers, Gabriel: “Derecho Comercial”, Tomo II, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940.
- Puelma Accorsi, Álvaro: “Sociedades”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- Ponsa Gil, J.: “Sociedades Civiles, Mercantiles, Cooperativas y de Seguros. Tratado Teórico y Practico”; Tip. El Anuario de la Exportación, Barcelona, España, 1911.
- Ripert, Georges: “Tratado Elemental de Derecho Comercial, Editorial Argentina, 1954.
- Rivarola, Mario: “Tratado de derecho comercial argentino”, Cía. Argentina de Editores, Argentina, 1940.
- Sandoval López, Ricardo: “Manual de Derecho Comercial”, Santiago de Chile.
- Streeter P., Jorge: “Material de trabajo sobre el Orden Público Económico”, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1985.
- Uría, Rodrigo, “Derecho Mercantil”, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, España, 1996.
- Vial, Víctor, “Teoría General del Acto Jurídico”, “Actos Jurídicos y Personas”, Volumen Primero, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

- Villegas, Carlos Gilberto, “Tratado de las Sociedades”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995.

- Vivante, César: “De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales”, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1950.

- Vodanovic, Antonio: “Curso de Derecho Civil”, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1942.

XIII - Índice:

| | |
|--|-------|
| <u>I – Introducción.</u> | p. 1 |
| <u>II - Las Sociedades:</u> | p. 3 |
| A - Regulación: | p. 3 |
| B - Tipos Societarios en Chile: | p. 3 |
| <u>1. La Sociedad Colectiva:</u> | p. 4 |
| a) <u>La sociedad colectiva civil.</u> | p. 4 |
| b) <u>La sociedad colectiva mercantil.</u> | p. 4 |
| <u>2. La Sociedad En Comandita:</u> | p. 5 |
| a) <u>La sociedad en comandita simple.</u> | p. 5 |
| b) <u>La sociedad en comandita por acciones.</u> | p. 5 |
| <u>3. La Sociedad de Responsabilidad Limitada.</u> | p. 6 |
| <u>4. La Sociedad Anónima:</u> | p. 7 |
| <u>Sociedades anónimas abiertas y cerradas.</u> | p. 8 |
| C - Sociedades de Personas y de Capital: | p. 11 |
| <u>III - Naturaleza jurídica de las normas que regulan las sociedades:</u> | p. 12 |
| A – Respecto de las Sociedades en general: | p. 13 |
| 1. <u>Principio de la Autonomía de la Voluntad.</u> | p. 14 |
| 2. <u>Orden Público.</u> | p. 17 |
| 3. <u>Orden Público Económico.</u> | p. 20 |
| B – Respecto de las Sociedades Anónimas en particular. | p. 22 |
| C – Conclusión. | p. 29 |
| <u>IV – Cese de la relación social limitadamente a un socio como instrumento jurídico de conservación del ente societario:</u> | p. 30 |
| A – Fundamentos: | p. 31 |
| 1. <u>Fundamento Político, Empresa y Sociedad.</u> | p. 31 |
| 2. <u>Principio de la conservación del ente social.</u> | p. 33 |
| 3. <u>Principio de la tutela del objeto social.</u> | p. 34 |
| B – Otras figuras en que cesa la relación social limitadamente a un socio distintas a la exclusión: | p. 35 |
| 1. <u>Muerte de un socio, cuando la ley o el contrato autoriza a los demás socios a continuar con o sin los herederos del fallecido.</u> | p. 35 |

| | | |
|----|---|-------|
| 2. | <u>Transferencia de la participación social.</u> | p. 38 |
| 3. | <u>Retiro o separación forzosa.</u> | p. 39 |
| 4. | <u>Retiro, separación o receso voluntario.</u> | p. 40 |
| | <u>V – La Exclusión de un socio:</u> | p. 41 |
| | A - Naturaleza Jurídica. | p. 42 |
| | B - Definición de “La exclusión de un socio”. | p. 43 |
| | <u>VI - Fundamento jurídico de la exclusión del socio:</u> | p. 45 |
| | A - Disciplina taxativa legal basada en el interés público. | p. 45 |
| | B - Disciplina taxativa legal inspirada en el interés privado inherente a la tutela del objeto social. | p. 46 |
| | C - Principio contractualista, que asimila las causas de la exclusión a la condición resolutoria. | p. 47 |
| | D - Principio del poder disciplinario del organismo social sobre sus miembros. | p. 48 |
| | E – Posición del autor. | p. 49 |
| | <u>VII - Fuentes y causales del derecho de exclusión en Chile:</u> | p. 52 |
| | A - Causales legales: | p. 52 |
| 1. | <u>En la sociedad colectiva civil:</u> | p. 53 |
| | a) Incumplimiento de la obligación de entregar el aporte. | p. 53 |
| 2. | <u>En la sociedad colectiva mercantil:</u> | p. 55 |
| | a) Retardo en la entrega del aporte. | p. 55 |
| | b) Aplicación de los fondos comunes a los negocios particulares. | p. 57 |
| | c) Utilización de la razón o firma social en los negocios particulares. | p. 59 |
| | - Conclusión. | p. 62 |
| 3. | <u>En la sociedad anónima:</u> | p. 62 |
| | a) Incumplimiento en el pago de las acciones suscritas. | p. 63 |
| | b) Posibilidad de aplicación de las normas de la sociedad colectiva mercantil a la sociedad anónima cerrada. | p. 66 |
| 4. | <u>Conclusión.</u> | p. 69 |
| | B - Causales Convencionales: | p. 73 |
| 1. | <u>Respecto a las sociedades en general.</u> | p. 73 |
| 2. | <u>Respecto de las Sociedades Anónimas en particular.</u> | p. 74 |

| | |
|---|--------|
| <u>VIII – Procedimiento de exclusión de un socio:</u> | p. 76 |
| A - Autotutela del ente social. | p. 76 |
| B - Ante un tribunal. | p. 80 |
| <u>IX - Efectos de la exclusión:</u> | p. 82 |
| A - Respecto de la sociedad. | p. 82 |
| B - Respecto del socio excluido. | p. 84 |
| C - Respecto de los terceros. | p. 85 |
| <u>X – La exclusión de un socio en el Derecho Comparado:</u> | p. 85 |
| A – La exclusión en España. | p. 86 |
| B – La exclusión en Argentina. | p. 88 |
| C – La exclusión en Venezuela. | p. 90 |
| D – La exclusión en Perú. | p. 91 |
| E – La Exclusión de un socio y el Orden Público Económico. | p. 93 |
| <u>XI – Conclusión.</u> | p. 94 |
| <u>XII – Bibliografía.</u> | p. 98 |
| <u>XIII – Índice.</u> | p. 101 |