

**NORMAS ORGÁNICAS Y FUNCIONALES
DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA**



**XIII FORO IBEROAMERICANO DE SISTEMAS DE
GARANTÍA Y FINANCIAMIENTO PARA LAS
MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS**

Adolfo Silva Walbaum¹

VALPARAÍSO, CHILE, DICIEMBRE DE 2008

¹ Abogado Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho de la Empresa Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctorando en Derecho en la Universidad de Granada, España. Diploma de Estudios Avanzados del programa de doctorado denominado “El Derecho Mercantil y su Proceso de Reforma: Nuevas Tecnologías”. e-mail : adolfo.silva.walbaum@gmail.com

Abstracto²

*El presente documento, continuando con la línea de investigación presentada en el Foro precedente, ha sido desarrollado con el propósito de ilustrar con respecto a los contenidos específicos y detallados de la Ley Número 20.179, y en virtud de la cual se “Estableció en Chile un marco legal para la constitución y operación de sociedades de garantía recíproca”. En dicho sentido, desde ya, cabe señalar que bajo la denominación de “Normas orgánicas y funcionales de la sociedad de garantía recíproca”, lo que se pretende otorgar, es una clasificación y agrupación normativa de corte didáctica, pero no por ello menos científica y detallada, de lo que a nuestro parecer, da cuenta de la gran división utilizada por el legislador chileno a la hora de regular su novedoso sistema de garantías. En efecto, por un lado, analizaremos ese nutrido grupo de normas, denominadas por éste autor como **normas orgánicas**, las cuales en buenas cuentas, regulan desde los requisitos necesarios para la propia constitución de la sociedad de garantía recíproca-SGR-y de su respectivo fondo de garantía, hasta los mismísimos aportes de capital, efectuados por parte de los entes y órganos tanto públicos como privados, y que por ley, están llamados participar activamente del sistema de garantías. Por otro lado, analizaremos a lo que hemos denominado como normas **funcionales o dinámicas** del sistema de garantías. Con dicha denominación, pretendemos clasificar y explicar detalladamente dos esferas distintas, pero no por ello menos relacionadas. De hecho, por una parte analizaremos todos aquellos contenidos normativos que a nuestro parecer, permiten en definitiva comprender el funcionamiento y desarrollo del sistema de garantías chileno, mirado en si mismo. Por otro lado, y atendido que los esfuerzos realizados en Chile hasta la fecha han apuntado en dicho sentido, pondremos especial énfasis y detalle en uno de los tipos sociales autorizados para la puesta en marcha del sistema de garantías, a saber, la denominada por el legislador como **Sociedad Anónima de Garantía Recíproca**, y asimismo nos detendremos en lo que consideramos será la base funcional del sistema, a saber, el denominado **Contrato de Garantía** y sus respectivas*

² Al igual que en el trabajo anterior, cabe señalar que las conclusiones y consideraciones contenidas en la presente investigación, son de exclusiva responsabilidad del suscrito, y deben ser entendidas y comprendidas al alero de la convocatoria para presentar publicaciones para el **XIII Foro Iberoamericano de Sistemas de Garantías y Financiamiento para la Micro y Pyme**, sin que por tanto, representen necesariamente la opinión y pensar que al respecto pudiesen tener los organismos e instituciones tanto públicos como privados a los cuales se hace referencia en su contenido.

contragarantías y certificados de fianza. Como epílogo, expondremos una reflexión final sobre el trabajo realizado, detallando para ello un resumen de lo que constituyen los principales desafíos jurídicos pendientes para una continua y correcta implementación del sistema de garantías chileno. Finalmente, cabe señalar que al igual que en la entrega precedente, para el estudio y división normativa expuesta en la presente investigación, hemos tomado también como referencia a lo dispuesto al efecto, por las distintas legislaciones Iberoamericanas al tratar el tema de las Sociedades de Garantía Recíproca, destacando entre otros, por su cercanía a la realidad chilena, los casos de España y Argentina.

Sumario

A- Introducción. Razones para una división normativa orgánica-funcional. B.-Normas orgánicas internas. C.- Normas orgánicas externas. D.- Normas dinámicas o funcionales E. Reflexión Final.

A.- Introducción. Razones para una división normativa orgánica-funcional.

Antes de entrar de lleno en el análisis de la normativa y en su respectiva división orgánica y funcional, estimamos necesario dar cuenta de cuáles han sido las principales razones que ha nuestro parecer han resultado necesarias para dicho objeto.

En dicho sentido, creemos que no es menor la determinación de dichas justificaciones, en tanto, es dicha división el eje principal, a partir del cual se estructura la presente investigación.

De ahí que estimemos justo y necesario, partir por reconocer en primer lugar, que dicha división ya fue establecida y reconocida en el propio encabezado de la ley 20.179, al

señalar que la normativa en análisis establecía en Chile el marco para la **constitución y operación** de las sociedades de garantías recíprocas³.

En dicho sentido, cabe vislumbrar la manera como el legislador de la ley 20.179 desde un comienzo, entiende y distingue como cosas distintas, entre lo que es, la constitución y la operación de la sociedad de garantía recíproca chilena⁴.

De ahí parte precisamente nuestra clasificación normativa entre normas orgánicas y funcionales, o si se quiere en términos del legislador chileno, en normas de constitución y operación, respectivamente.

Ahora bien, cabe señalar que si bien es cierto que los términos orgánico y funcional, que utilizaremos a lo largo de la presente investigación, tienen como punto de partida a lo dispuesto por la LSGR, no podemos dejar de mencionar que los hemos acuñado, en tanto entendemos que dichos términos- orgánicos y funcionales- dan cuenta y permiten entregarnos una clasificación normativa más didáctica y comprensiva del sistema de garantías recíprocas chileno.

Así las cosas, por una parte encontramos las denominadas normas orgánicas del sistema de garantías, las cuales y a grandes rasgos, dan cuenta de no sólo una agrupación de los distintos entes que participan en el sistema de garantías recíprocas chileno, sino que asimismo de cuáles son sus requisitos y exigencias legales correspondientes. Es más, a partir del estudio acabado de todo el texto de la ley 20.179, encontramos en dichas normas orgánicas la distinta participación de tanto entes privados como públicos en el sistema de garantías. De ahí, precisamente nuestra sub-división en normas orgánicas internas-

³ D. Luis Ribó Durán en su obra “Las Sociedades de Garantía Recíproca”, efectúa una distinción similar al distinguir entre lo que es la estructura y funcionamiento de las sociedades de garantía recíproca españolas. En efecto, mientras la primera parte de la obra se denomina de “Los estatutos de la sociedad de garantía recíproca”, la segunda en cambio apunta al “régimen funcional de la sociedad de garantía recíproca”. V., al respecto, RIBÓ DURÁN. L, "Las sociedades de garantía recíproca: estructura y funcionamiento", Editorial Bosch, primera edición, Barcelona, 1983.pp 11 y ss y páginas 151 y ss.

⁴ A mayor abundamiento, si por constitución entendemos a los requisitos y elementos que se deben cumplir para operar como sociedad de garantía recíproca, por operación, en cambio, entenderemos a cómo opera efectivamente dicha sociedad.

representadas por aquella parte de la normativa aplicable especialmente al tipo social respectivo- sea éste una sociedad anónima o bien una cooperativa de ahorro y crédito, y por otro lado, las denominadas normas orgánicas externas, representada por aquella parte de la legislación que resulta atingente a los organismos y fondos públicos insertos en el sistema de garantías, y que son externos a la Sociedad de Garantía Recíproca, en tanto se le considere como ente o persona jurídica individualmente considerada.⁵

Por otra parte, encontramos a las que hemos denominado como normas funcionales ó dinámicas del sistema de garantías. Con ellas, pretendemos dar cuenta no sólo de aquella nutrida parte de la normativa contenida en la ley 20.179, que permite que el sistema de garantías recíproca chileno considerado en su conjunto, pueda operar efectivamente, sino que a través de ellas, hemos querido asimismo hacer especial énfasis en la Sociedad Anónima de Garantía Recíproca, y en particular en el denominado Contrato de Garantía Recíproca, en tanto estimamos que dichos ropaje e instrumento jurídico, serán los encargados a la postre, de dar vida y operatividad a la primera Sociedad de Garantía Recíproca Chilena.

Ahora bien, en lo que se refiere a cuáles han sido en concreto las razones para desarrollar nuestra investigación sobre esta dualidad entre normas orgánicas y funcionales del sistema de garantías, podemos señalar lo siguiente, a saber;

- a. Estimamos necesario efectuar dicha división, ya que la ley chilena, a diferencia de sus pares Iberoamericanos, sólo cuenta con escasos 35 artículos.
- b. Por otra parte, el legislador chileno no fue muy feliz a la hora de dar nombre a su contenido normativo y distribuir su respectivo articulado,

⁵ Entendemos que los órganos y fondos públicos son externos, en tanto creemos que si bien es cierto ellos son parte fundamental del sistema, lo que en definitiva determina que un sistema de garantías cumpla eficazmente su labor de financiamiento, no es la existencia y aporte de órganos y fondos públicos, sino la existencia de un tipo social o persona jurídica distinta de sus beneficiarios que permita a sus miembros obtener mejores condiciones crediticias para el desarrollo de su giro.

lo cual da cuenta en definitiva de una ley incompleta y muy desordenada.⁶

Finalmente, y por razones puramente pedagógicas, cabe señalar que para el estudio de tanto las normas orgánicas como funcionales utilizaremos la misma metodología consistente, por una parte, en un breve análisis del género o tipo normativo respectivo, y por otro, en una explicación detallada de cada una de sus sub-clasificaciones o componentes.

B.-Normas orgánicas internas.

En tanto ente de índole privado, o si quiere decir, en tanto persona jurídica distinta de sus miembros individualmente considerados, tres son al menos, los grandes ítemes que la LSGR exige cumplir de parte de la Sociedad de Garantía Recíproca Chilena, a saber, requisitos exigidos para el tipo social adoptado, requisitos exigidos para su constitución legal, y finalmente, requisitos exigidos para la creación de un fondo de reserva patrimonial.

Con respecto a los dos primeros, no cabe más que señalar que ellos resultan del todo necesarios, no sólo por que otras legislaciones iberoamericanas de similar naturaleza también los reconocen y amparan⁷, sino que asimismo porque resultan indispensables para considerar a la SGR como persona jurídica o ente ficticio capaz de contraer derechos y obligaciones.

⁶ Si consideramos la reconocida influencia que tuvo la ley de Sociedades de Garantías Recíprocas Argentina, cuesta entender cómo es que el legislador chileno, no contó con una normativa más extensa y detallada.

⁷ V.gr., artículo 32 y ss de la ley de sociedades de garantía recíproca argentina. Ley 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas-derogación de la ley 23.020. Título II Sociedades de garantía recíproca. Sección I. De las características y constitución. En el mismo sentido V., artículo 7 de la ley de sociedades de garantías recíprocas de la República de El Salvador, denominada “Ley del sistemas de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana rural y urbana”. Decreto Legislativo de fecha 20 de septiembre del año 2001, publicado en el Diario Oficial de dicho país con fecha 22 de octubre del año 2001, y el .artículo 5 y siguientes del anteproyecto de ley para el sistema de sociedades de garantía recíproca para la micro, pequeña y mediana empresa de la República de Guatemala, Capítulo I del Título II denominado “Constitución, autorización y socios.”

Ahora bien, con respecto a los requisitos exigidos para la creación de un fondo de reserva patrimonial, y atendida su importancia dinámica o funcional para el sistema, no resultó fácil su inclusión en este acápite. No obstante ello, se optó por éste camino orgánico y no por uno funcional, al considerar una interpretación irrestricta de los términos utilizados por el legislador chileno, en especial cuando señala que “La Institución de Garantía Recíproca **deberá constituir un fondo de reserva patrimonial**”, lo cual en definitiva a nuestro parecer, lo circunscribe a un ámbito orgánico de constitución más que a uno dinámico o de funcionamiento.

A partir de lo expuesto, y siguiendo la metodología propuesta, cabe señalar que las normas orgánicas internas, admitirían ser sub-clasificadas de la siguiente manera, a saber;

Clasificación de las normas orgánicas internas

B.1.- Normas orgánicas internas relativas al tipo social adoptado.

B.2.- Normas orgánicas internas referentes a los requisitos de constitución del tipo social respectivo.

B.3.- Normas orgánicas internas de constitución del denominado Fondo de Reserva Patrimonial.

B.1.- Normas orgánicas internas relativas al tipo social adoptado.

Lo primero que cabe señalar respecto al tipo social que se adopte para la creación de la Sociedad de Garantía Recíproca, es la relación género- especie que ya explicáramos en el trabajo anterior, y que se establece por la ley 20.179 entre por una parte, las denominadas Instituciones de Garantías Recíprocas (género), y las Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca y/o Las Cooperativas de Ahorro y Crédito por otro (especies).

Ahora bien, en esta oportunidad, quisiéramos hacer una pausa en la reemisión normativa expresa que el artículo 1° de la ley 20.179 efectúa a la ley de Sociedades Anónimas Chilenas-LSA- para el caso de las Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca,

al señalar que: “.....autorízase el establecimiento de Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca o "S.A.G.R.", **las que deberán regirse por las normas contenidas en la ley Número 18.046.**”

Al respecto, creemos que dicha remisión normativa, admite las siguientes consideraciones;

1. Estimamos que una remisión normativa tan amplia resulta peligrosa, ya que más que dar pié a una futura disputa doctrinaria con respecto a cuál debería ser la verdadera naturaleza jurídica de la SGR chilena, es decir si es un tipo social autónomo o bien uno híbrido, tal como ocurre razonablemente en otras legislaciones iberoamericanas⁸, el hecho de reemitir tan ampliamente los numerosos y variados vacíos legislativos de la LSGR a la ley de anónimas chilenas, no hace más que limitar su respectivo tipo social, lisa y llanamente al de una sociedad anónima.
2. De otra parte, cabe precisar que en el punto D.4, cuando tratemos las denominadas “medidas legales de resguardo solvente y régimen de participación social de la SAGR”, efectuaremos un análisis detallado de las áreas y materias que en nuestra opinión, si podrán ser resueltas y reguladas correctamente por la reemisión genérica que la LSGR efectúa hacia la ley de sociedades anónimas chilenas.
3. Ahora bien, con respecto a la tan discutida pregunta en otras legislaciones iberoamericanas, con relación a si la Sociedad de Garantía Recíproca es un tipo social autónomo, o uno híbrido en su caso, estimamos que debido tanto a la amplia remisión normativa utilizada por la ley chilena, como asimismo por los propios términos de su texto, la Sociedad de Garantía Recíproca Chilena responde más bien a una sub

⁸ V. gr., Bercovitz, A, “La Sociedad de Garantía Recíproca como tipo social autónomo”, en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Libro Homenaje a Emilio Verdura y Tulles, Tomo I, Madrid, 1994, páginas 228-230. Ob. cit. En el mismo sentido V., Sánchez Calero, F, “Instituciones de derecho mercantil”, Tomo I, 19 edición, Editorial Revista de derecho bancario, Editoriales de derecho reunidas, agosto 1996, Madrid, páginas 569-570.

especie, o tipo de sociedad anónima, más que a un tipo social distinto o autónomo.

4. A mayor abundamiento, estimamos que tratándose de las SAGR, en el mejor de los casos estaremos frente a una **sociedad anónima especial**, o si se quiere decir en otras palabras, a una sociedad anónima que cuenta con ciertos aspectos de regulación específica en su propia normativa.

B.2.- Normas orgánicas internas referentes a los requisitos de constitución del tipo social respectivo.

Una vez analizadas las exigencias establecidas por la ley con respecto a los tipos sociales permitidos para la creación de la Institución de Garantía Recíproca, sea ésta una sociedad anónima o bien una cooperativa de ahorro y crédito, corresponde adentrarnos en el estudio específico de lo que hemos denominado como normas orgánicas referentes a los requisitos de constitución del tipo social respectivo.

A través de ellas, pretendemos hacer mención a las exigencias específicas que en nuestra opinión, ha demandado la ley 20.179 para la constitución jurídica de ya sea la Sociedad Anónima de Garantía Recíproca, o bien, y en su caso, de la Cooperativa de Garantía Recíproca.

De ahí que, lo primero que cabe precisar es la existencia de un tratamiento múltiple que a nuestro parecer, ha efectuado el legislador de la ley 20.179, al distinguir claramente entre:

1. Una auto-regulación privada a través de los respectivos estatutos sociales.
2. La relación normativa existente entre la LSGR y la Ley de Sociedades Anónimas chilena, en adelante LSA.
3. Los denominados pactos de accionistas.

4. Una regulación normativa específica establecida por la LSGR para los estatutos respectivos, y,
5. La existencia de reglas legales supletorias específicas para el tipo social constituido.

La auto-regulación privada vía estatutos

A través de la auto-regulación privada vía estatutos, entendemos el grado de injerencia y participación que en el sistema de garantías, le cabrá al denominado principio de la autonomía de la voluntad.

Ello, a partir de lo que los respectivos accionistas o socios beneficiarios, efectúen en los correspondientes menciones de los estatutos sociales, o si se quiere decir en otras palabras, a través de la auto regulación privada, que ellos realicen, ya sea en el propio estatuto social de constitución de la Sociedad de Garantía Recíproca, o bien en sus posteriores modificaciones.

Relación normativa existente entre la LSGR y la LSA chilena

De otro lado, encontramos la relación normativa existente entre la LSGR y la LSA chilena, y en donde a priori, se visualiza otra consagración adicional de la amplia remisión normativa que efectúa la ley 20.179 hacia la ley de sociedades anónimas chilena, al disponer en su artículo 5° que “...Los estatutos de la Institución de Garantía Recíproca deberán contener, además de las señaladas en el artículo 4° de la ley N° 18.046.”⁹

Al respecto, cabe recordar que dicho artículo 4° de la ley N° 18.046”, en resumidas cuentas lo que regula en sus doce numerandos, son los contenidos mínimos que debe

⁹ Ley número 18.046 sobre sociedades anónimas, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de octubre del año 1981, Ministerio de Hacienda, Chile. Ob., cit.

contener toda escritura pública de constitución de una sociedad anónima, sea ésta abierta o cerrada.¹⁰

Ahora bien, cabe señalar que tal como veremos a continuación, al tratar las denominadas por la LSGR como reglas específicas de la Institución de Garantía Recíproca, y de apegarnos en estricto rigor a lo dispuesto por el legislador en su texto legal, en principio, sólo la razón social y el capital de la SGR dispondrían de una regulación legal supletoria de la voluntad de las partes.

No obstante ello, y aún cuando el artículo 5 de la LSGR ya referido, sea el encargado de regular los contenidos específicos de los estatutos de la SGR, estimamos que para dar armonía al texto legal, se debe considerar y entender que ambos- es decir tanto la auto regulación vía estatutaria como las reglas legales supletorias de la voluntad de las partes de carácter específico-son en definitiva, normas legales supletorias incorporables y regulables por cierto, a través de los estatutos sociales.

Es más, creemos que lo anteriormente expuesto no desvirtúa el hecho de que la auto regulación privada a través de los estatutos sociales y las reglas legales supletorias específicas sean tratadas en este trabajo, de manera separada.

Sostenemos lo anterior, en tanto estimamos que dicha confusión, no es sino un error de técnica legislativa de parte del legislador chileno al tratar esta materia, desconociendo la diferencia entre dos materias distintas pero íntimamente compatibles.

¹⁰ En concreto, el artículo 4° de la ley 18.046 dispone que: “ La escritura de la sociedad debe expresar: 1) El nombre, profesión y domicilio de los accionistas que concurran a su otorgamiento; 2) El nombre y domicilio de la sociedad; 3) La enunciación del o de los objetos específicos de la sociedad; 4) La duración de la sociedad, la cual podrá ser indefinida y, si nada se dice, tendrá este carácter; 5) El capital de la sociedad, el número de acciones en que es dividido con indicación de sus series y privilegios si los hubiere y si las acciones tienen o no valor nominal; la forma y plazos en que los accionistas deben pagar su aporte, y la indicación y valoración de todo aporte que no consista en dinero; 6) La organización y modalidades de la administración social y de su fiscalización por los accionistas; 7) La fecha en que debe cerrarse el ejercicio y confeccionarse el balance y la época en que debe celebrarse la junta ordinaria de accionistas; 8) La forma de distribución de las utilidades; 9) La forma en que debe hacerse la liquidación; 10) La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador; 11) La designación de los integrantes del directorio provisorio y de los auditores externos o de los inspectores de cuentas, en su caso, que deberán fiscalizar el primer ejercicio social; 12) Los demás pactos que acordaren los accionistas.

Ahora bien, cabe preguntarse cuáles son en concreto, las materias a las cuales la ley estaría haciendo referencia al disponer de: “.....además de las señaladas en el artículo 4° de la ley N° 18.046.”

En dicho sentido, y de un análisis concordado de ambos textos legales- es decir de tanto la ley 20.179 como de la LSA chilena- estimamos que las siguientes materias si bien no tendrían una regulación directa en la ley 20.179, si admitirían- vía remisión normativa- ser reguladas por la SAGR a través de sus estatutos sociales, a saber;

En primer lugar, encontramos la regulación del nombre, profesión y domicilio de los accionistas que concurran al otorgamiento de la escritura pública de constitución de la SAGR;

De otro lado, encontramos todo aquello relacionado con la duración de la sociedad, la cual de acuerdo a la LSA chilena podrá ser indefinida y, si nada se dice, tendrá este carácter;

En tercer lugar, destacamos la incidencia estatutaria en torno al régimen de organización interna de la SAGR. Al respecto, entendemos que las siguientes materias, perfectamente admitirían ser reguladas por los estatutos de una SAGR chilena, destacando en otras las relativas a:

- a. Organización y modalidades de la administración social y de su fiscalización por los accionistas; (artículo 4° núm. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas chilena).
- b. Fecha en que debe cerrarse el ejercicio y confeccionarse el balance y la época en que debe celebrarse la junta ordinaria de accionistas; (artículo 4° núm. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas chilena).

- c. Forma de distribución de las utilidades; (artículo 4 núm. 8 de la Ley de Sociedades Anónimas chilena).
- d. Forma en que debe hacerse la liquidación; (artículo 4 núm. 9 Ley de Sociedades Anónimas chilena).
- e. Naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador; (artículo 4 núm. 10 Ley de Sociedades Anónimas chilena).
- f. Designación de los integrantes del directorio provisorio y de los auditores externos o de los inspectores de cuentas, en su caso, que deberán fiscalizar el primer ejercicio social; (artículo 4 núm. 11 Ley de Sociedades Anónimas chilena).

Los denominados pactos de accionistas. Futuro de la auto-regulación privada de la Sociedad de Garantía Recíproca vía estatutaria

En tercer término, encontramos lo dispuesto en el duodécimo y final numeral del ya citado artículo 4 ° de la LSA chilena, el cual señala que la escritura de la sociedad deberá expresar:.....Núm. 12 **“Los demás pactos que acordaren los accionistas”**.

Creemos firmemente que dicho numeral duodécimo requiere de un análisis y estudio separado de las once restantes menciones estatutarias, ya estudiadas.

Así lo estimamos en base a las siguientes razones, a saber;

- a. El numeral doce no sólo se constituye en la base de aplicación para el principio de la autonomía de la voluntad y de la autorregulación privada vía estatutaria, en el caso de las sociedades anónimas en general, sino que lo es por cierto, tratándose de las Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca.

- b. Su importancia va desde el hecho de ser la puerta de entrada para que los accionistas o socios respectivos plasmen coherente y oportunamente su voluntad a través de sus estatutos, hasta constituirse efectivamente, en la vía dispuesta por la LSGR para que sus miembros y actores partícipes puedan aminorar sus efectos, o bien en su caso, amoldar su regulación jurídica a sus respectivas necesidades.¹¹

- c. El numeral doce de la LSA chilena está llamado a ser la principal vía de escape de la cual podrá disponer a futuro la denominada Sociedad Anónima de Garantía Recíproca, en caso de que necesite evitar eventuales efectos adversos en la implementación y puesta en marcha del sistema de garantías chileno. Así lo entendemos, a partir del olvido en el cual incurrió la legislación chilena, al no disponer para su sistema de garantías respectivo, de la existencia de marcados y diversos rasgos mutualistas en su texto legal, lo cuales por cierto se extrañan, si consideramos lo eficientes que ellos han demostrado ser en otras realidades iberoamericanas para una efectiva perdurabilidad en el tiempo de los sistemas de garantías.

¹¹ Al efecto, cabe recordar todo lo expuesto en el Capítulo I Punto E de este trabajo, bajo el nombre de “Algunas consideraciones y recomendaciones para la implementación del sistema de garantías recíprocas chileno.”

Regulación normativa específica establecida por la LSGR para los estatutos respectivos

Finalmente y en cuarto lugar, encontramos a lo que hemos denominado como la regulación normativa específica establecida por la LSGR para los estatutos sociales respectivos, distinguiendo al efecto, tres grupos de consagración normativa.

El primero de los grupos, nace a partir de lo dispuesto por la segunda parte del ya estudiado artículo 5° de la 20.179, cuando tras enunciar la regla general al respecto, señala que:... “Los estatutos de la Institución de Garantía Recíproca deberán contener, las siguientes materias:

a.- Las condiciones generales **aplicables a las garantías** que otorgue la entidad y a **las contragarantías** que se constituyan a su favor.

b.-Los porcentajes máximos **de las garantías** que la entidad podrá otorgar, en relación con su patrimonio, con el valor de los **fondos de garantía** que administre o con las **contragarantías** que se le haya rendido.

c.-La relación máxima entre el **capital social** que aporte cada accionista beneficiario y el importe máximo **de las deudas** cuya garantía éste solicite de la sociedad, con cargo a sus acciones”.

En nuestra opinión, corresponde efectuar las siguientes consideraciones con relación a este primer grupo de normas;

1. Las letras a) b) y c) precedentes, serán tratadas con mayor detalle más adelante cuando analicemos las denominadas normas dinámicas del sistema, y en especial las menciones obligatorias del Contrato de Garantía Recíproca.

2. No obstante lo anterior, desde ya cabe reconocer que todas ellas apuntan objetivos diferentes. De hecho, mientras la primera de ellas- relativa a la determinación estatutaria de las condiciones generales aplicables tanto a las garantías que otorgue la SGR como a las contragarantías que se constituyan a su favor- establece en resumidas cuentas el verdadero motor del sistema de garantías chileno, la segunda y tercera en cambio, apuntan a la autorregulación privada vía estatutos de medidas de resguardo solvente de la SGR, o si se quiere decir en otras palabras, de **medidas estatutarias de resguardo solvente**.¹²

Un segundo grupo de normas de regulación específica para los estatutos, al cual hemos denominado como **medidas estatutarias de resguardo solvente condicionales**, lo encontramos en el inciso primero letra d) del artículo 3° en concordancia con lo dispuesto en el inciso final del artículo 5°.

En efecto, mientras el primero de los artículos señala que: “En todo caso, los estatutos sociales podrán establecer prohibiciones y exigencias especiales para el otorgamiento de cauciones en casos determinados”, el inciso final del artículo 5° por su parte, establece que: “Los estatutos podrán establecer requisitos para adquirir la calidad de accionistas y de beneficiario.”

Ahora bien, cabe precisar que si bien es cierto que la eventual incorporación de una o ambas menciones, responden y se encuentran sujetas a la voluntad de los accionistas o socios respectivos, no se puede dejar de reconocer que ambas medidas si bien de maneras diferentes, apuntan al mismo fin, esto es el poder dotar de mayor solvencia a la SGR.

En efecto, mientras la medida del artículo tercero permite dotar de una mayor solvencia a la SGR en base prohibiciones y exigencias especiales para el otorgamiento de cauciones en casos determinados, la segunda de las medidas en cambio, obtiene la

¹² Estas medidas deben ser entendidas en conjunto con las que hemos denominado como **medidas legales de resguardo solvente de la SGR**, las cuales serán estudiadas en más adelante en la presente investigación.

protección de solvencia, a partir de la posible incorporación de especiales requisitos para adquirir la calidad de accionistas y de beneficiario. Así las cosas, mientras la primera de las medidas se centra en la garantía, la segunda en cambio, se sostiene en la persona de los beneficiarios- accionistas o socios de la SGR. Es más, si se analiza con detenimiento ambas medidas, vemos de qué manera en ambos casos, la especialidad de la garantía y/o de la persona del beneficiario, se constituye en el rasgo aglutinador base para el resguardo de la solvencia de la SGR.¹³

Como tercer, y último grupo de normas específicas para los estatutos sociales de la SGR, encontramos lo dispuesto en el Título II de la LSGR denominado “De la Inversión de los Recursos y de los Fondos”, específicamente en lo dispuesto en el inciso segundo de su artículo 6°, al señalar al efecto, que: “.....**salvo disposición en contrario del estatuto**, al menos el 50% de la reserva patrimonial, sólo podrá ser invertido en los instrumentos financieros señalados en los números 1), 2), 3) y 4) del artículo 5° de la ley N° 18.815.”

Dado que en el punto D.3 del presente trabajo, trataremos en detalle el Régimen legal para la inversión de recursos por parte de la SAGR, por ahora, nos limitaremos a señalar que los estatutos sociales de la SGR en esta materia, se constituyen en una generosa fuente de auto regulación privada en materia de destino de su inversión.

Al respecto, salta a la vista, la gran envergadura conferida por la LSGR a la voluntad de los accionistas o socios beneficiarios, en tanto señala textualmente que “**salvo disposición en contrario del estatuto**”, lo que en nuestra opinión, equivale a entender que en este caso, nos encontraríamos con una clara preferencia previa, a objeto de que sean los estatutos, y por consiguiente la voluntad de los propios beneficiarios, antes que la misma

¹³ A mayor abundamiento, estimamos que la amplitud con que la LSGR trata ambas medidas, podrá permitir contar con un mayor rango de acción y/o movilidad a sus beneficiarios, para no sólo una adecuada adaptación e implementación del sistema de garantías chileno, sino que asimismo para paliar eventuales carencias o vacíos legislativos. No obstante ello, creemos que no se puede dejar de reconocer que en estos dos casos hubiese resultado mucho más útil que la propia LSGR hubiese dado respuesta expresamente en su texto legal respecto a cuándo sería procedente establecer las prohibiciones y exigencias especiales o bien, qué debería entenderse para estos efectos por cauciones en casos determinados”. Del mismo modo, tratándose de la medida del inciso final del artículo 5°, reconocemos lo provechoso que hubiese resultado conocer qué debe entenderse como requisitos para adquirir la calidad de accionistas y de beneficiario.

ley, quienes determinen en estricto rigor, qué porcentaje de la reserva patrimonial podrá ser invertida en los instrumentos financieros señalados en los números 1), 2), 3) y 4) del artículo 5° de la ley N° 18.815.

En todo caso, estimamos coherente reconocer que dicha disposición admitiría una doble interpretación en lo que respecta a la labor que cumplirían los estatutos;

- a. En efecto, si por un lado llegamos a entender que dicha norma busca salvaguardar la solvencia de la SGR, no parecería lógico sostener que vía estatutaria se pudiese establecer un porcentaje de inversión menor al 50%.
- b. Si por otro lado en cambio, se llegasen a producir serios problemas en lo que respecta a la implementación y funcionamiento del sistema de inversión de fondos de la SGR, y de resultar estrictamente necesario, los estatutos sociales, ya sea en su constitución, o bien en una futura modificación, podrían vía autorregulación privada, reestructurar el destino y funcionamiento general de la inversión por parte de la SGR

Las mal denominadas reglas específicas de la SGR

Finalmente, nos queda por analizar lo que hemos denominado como las reglas supletorias específicas para el tipo social constituido.

Dichas reglas se encuentren establecidas a partir de lo dispuesto en el artículo 3° de la LSGR, al disponer al efecto que: “Las Instituciones de Garantía Recíproca de que trata esta ley, se registrarán **por las siguientes reglas específicas.....**”

A priori, cabe precisar que a través de ellas, queremos dar cuenta de una doble normativa de carácter especial, referida a menciones estatutarias de tanto la razón social

como del capital de la SGR, y que han sido mal denominadas por la LSGR como **“reglas específicas para la SGR”**.

En efecto, creemos que la LSGR no fue precisa ni acertada en su denominación por las siguientes razones, a saber;

1. Porque de ser efectivamente reglas específicas aplicables a la SGR, quedarían un sin número de materias sin regulación, lo cual sería del todo inapropiado.
2. Porque más que reglas específicas, son efectivamente menciones estatutarias específicas que han sido reguladas de manera obligatoria por parte de la LSGR
3. Es más, de ser efectivamente reglas específicas como lo señala la LSGR, nada impediría que ellas fueran derogadas o modificadas por la voluntad de los accionistas o socios beneficiarios por la vía de la auto regulación estatutaria, lo cual a todas luces, no sería concordante con el carácter imperativo que se desprende del tenor literal de su texto.

Ahora bien, una vez superado el análisis de la denominación utilizada por la LSGR, cabe preguntarnos, cuáles son estas dos menciones estatutarias específicas y que han sido reguladas de manera obligatoria y supletoria de la voluntad de las partes, por parte de la LSGR.

La primera de ellas, es la establecida en la letra b) del artículo 3º de la LSGR, al disponer que el nombre de la Sociedad de Garantía Recíproca: “...deberá contener la frase "Sociedad Anónima de Garantía Recíproca", o la abreviación "S.A.G.R.", en el caso de las sociedades, y "Cooperativa de Garantía Recíproca", o la abreviación "CGR", para el caso de las cooperativas. La sigla de fantasía que adopte, en su caso, deberá también contener la señalada frase o su abreviación”.

Al respecto, cabe señalar que si bien es cierto que ésta letra b) del artículo 3 ° es una de las consagraciones más evidentes de la falta de reconocimiento expreso como tipo social autónomo para la SGR chilena, no podemos dejar de reconocer lo acertado y novedoso que resulta la forma en que la LSGR regula la clara distinción entre la razón o nombre social por un lado, y el nombre de fantasía por otro.

En efecto, sostenemos que fue un acierto, ya que se reconoce y distingue entre lo que es por una parte, una mención esencial del estatuto – como lo es la razón o nombre social de la SGR, y por otro lado, lo que se constituye en una práctica de índole más bien comercial y referida a la relación que la SGR mantiene con terceros, sean éstos acreedores o deudores de la SGR, tal como lo es el nombre de fantasía de la SGR.

Por otra parte, estimamos que fue novedoso, ya que a diferencia de otras normativas chilenas en materia comercial,¹⁴ tratándose del nombre de fantasía de la SGR, deberá éste también contener la frase "Sociedad Anónima de Garantía Recíproca", o la abreviación "S.A.G.R.", en el caso de las sociedades anónimas, y el de "Cooperativa de Garantía Recíproca", o la abreviación "CGR", para el caso de las cooperativas, lo cual usualmente, sólo se exige por la ley, para el caso de la razón o nombre social, pero no así tratándose de su correspondiente nombre de fantasía.

La segunda mención en cambio, se encuentra regulada en la letra c) del artículo 3 ° al señalar que: “El capital social mínimo inicial deberá ser una suma equivalente a 10.000 unidades de fomento. En todo momento estas instituciones deberán mantener un patrimonio a lo menos equivalente al capital social mínimo inicial.”

A nuestro entender, esta segunda mención referida al capital social mínimo presentaría un doble carácter, a saber;

¹⁴ V. gr, artículo 4° núm. 2 de la ley 18.046. Ob., cit. En el mismo sentido, V., Libro II, Título VII, artículos 365, 369 y 372 del Código de Comercio chileno, Santiago, Editorial jurídica de Chile.

Por un lado, y en cuanto trata la regulación del capital social de la SGR, se constituiría por cierto, en una **mención estatutaria específica de origen legal y de carácter supletorio** de la voluntad de las partes en dicha materia.

Por otro, en tanto establece la exigencia de un capital social **mínimo**, admitiría el ser entendida como otra de las ya vistas **medidas estatutarias de resguardo solvente**, en especial cuando señala que “En todo momento estas instituciones deberán mantener un patrimonio a lo menos equivalente al capital social mínimo inicial”, es decir, un capital social mínimo equivalente a 10.000 unidades de fomento, o 400 mil dólares aproximadamente.

B.3.- Normas orgánicas internas de constitución del denominado Fondo de Reserva Patrimonial.

Corresponde en este acápite, analizar el último grupo de normas orgánicas internas, referidas a la constitución del denominado por la LSGR como Fondo de Reserva Patrimonial.

Al respecto, lo primero que cabe señalar es que su inclusión de norma orgánica interna se deriva de los propios términos utilizados por el legislador chileno al constituirlo en una de las partes o elementos intrínsecos con los cuales necesariamente debe contar toda SGR, en tanto ente o tipo social.

Ahora bien, dicha exigencia no quita reconocerle su naturaleza dinámica en el funcionamiento mismo del sistema de garantías.

En efecto, estimamos que el fondo de reserva patrimonial, junto a las medidas de resguardo solvente, el Fondo de Garantía del artículo 33, el FOGAPE del artículo 34 y los respectivos aportes que a ellos hagan los organismos públicos, son en buenas cuentas, junto al aporte de capital de los accionistas o socios beneficiarios del sistema, lo que permite en

definitiva, que la SGR cuente con los recursos necesarios para desarrollar su labor de intermediación y fomento de la MiPyme.

A mayor abundamiento, dicho reconocimiento no desmerece el hecho que todos ellos, a nuestro entender, deban ser tratados de manera distinta y diferenciada.

De hecho, uno de los propósitos principales de esta investigación, es precisamente desentrañar cuáles son respectivamente sus correspondientes alcances y trascendencias para el sistema de garantía, y de ahí también la diferencia.

Ahora bien, en lo que se refiere en concreto al denominado Fondo de Reserva Patrimonial-en adelante FRP-cabe precisar que él se encuentra regulado a partir de lo dispuesto en el artículo 7° de la LSGR, al señalar que:

“La Institución de Garantía Recíproca **deberá constituir un fondo de reserva patrimonial** con cargo a los resultados de su operación, de un valor equivalente, al menos, al 20% del capital, que tendrá como única finalidad absorber las pérdidas futuras que generen las operaciones propias del giro. La entidad sólo podrá repartir dividendos si la reserva patrimonial que mantiene es igual o superior al veinte por ciento del capital pagado. Una vez completado el porcentaje del 20% del capital, el fondo señalado en este artículo se incrementará con los montos que se generen por la parte proporcional de las utilidades que correspondan a los accionistas o socios beneficiarios, debiendo destinarse a lo menos un 25% de ese monto para aumentar dicho fondo. En caso de disolución de la entidad, el fondo de reserva patrimonial o su saldo, si existiere, después de pagadas las deudas sociales, será distribuido entre los accionistas o socios en la forma que establece la ley”.

A partir de lo expuesto en el artículo 7° de LSGR, cabe reconocer las siguientes precisiones y consideraciones;

- a. El FRP, por mandato de la LSGR, se constituye efectivamente en uno de los elementos constitutivos de la SGR.

- b. Los recursos con los cuales se nutre el FRP, se obtienen a partir del resultado que obtenga la SGR en el ejercicio de su giro, o como señala el legislador, con cargo a los resultados de su operación.
- c. El valor mínimo que debe poseer el FRP, es el equivalente a un 20 por ciento del capital social de la SGR. Al respecto, cabe señalar, que si se concuerda esta disposición con lo establecido en el artículo 3 letra c) , el valor mínimo del FRP deberá alcanzar a lo menos un monto equivalente a un 20 por ciento de 10.000 UF, o sea 2000 UF u 8.000 dólares.
- d. Agrega la LSGR, que una vez que el FRP sea completado con el 20 por ciento del capital social de la SGR, analizado en el número precedente, deberá ser incrementado con al menos un 25 por ciento del total de las utilidades que se generen en el ejercicio de su giro y que han de corresponder a sus accionistas o socios beneficiarios¹⁵.
- e. Finalmente, no podemos dejar de mencionar lo curioso que resulta en nuestra opinión, la finalidad única o destinación exclusiva con que la LSGR ha dotado al FRP.

En dicho sentido, creemos que ésta destinación exclusiva del FRP a la **absorción de futuras pérdidas derivadas o generadas con la realización de las operaciones propias del giro de la SGR**, admite las siguientes consideraciones, a saber;

1. Si se analiza esta norma, en concordancia con lo dispuesto por la LSGR en su título VI denominado “Medidas para enfrentar situaciones de

¹⁵ Por otro lado, cabe agregar que tanto la repartición de dividendos, como el destino del FRP en caso de disolución de la SGR, serán tratados en el punto D.4 cuando veamos el régimen de participación social de la SAGR.

inestabilidad financiera e insolvencia”, se aprecia un excesivo celo de parte de la LSGR en lo que dice relación con un posible incumplimiento oportuno de sus obligaciones de pago, por parte de la SGR.

2. Es más, visualizamos que la LSGR pareciera ser que parte de la base que la SGR no será capaz de hacer frente a las obligaciones derivadas de su giro¹⁶.
3. Dicho hecho, revela a nuestro entender, una inexplicable falta de confianza por parte de la LSGR, en el funcionamiento propio del sistema de garantías chileno.
4. Así lo entendemos, ya que tal como lo veremos al estudiar las normas funcionales, el éxito de cualquier sistema de garantías recíprocas, descansa en su autonomía y solvencia para hacer frente a la obligación principal derivada de su giro, la cual no es otra cosa, que el ser un garante suficiente y oportuno para sus miembros, permitiendo así que se desarrolle una efectiva labor de acceso al crédito para la Mipyme.
5. Por todo lo expuesto, es que nos sorprenda que la única finalidad legal que tendría el FRP, sea el absorber pérdidas futuras derivadas de su giro, tal como si llegásemos a entender de antemano, que el sistema de garantías chileno no será lo suficiente solvente para desarrollar su tarea. A mayor abundamiento, esperamos que dicho mayor contrasentido no se materialice en el futuro.

¹⁶ En efecto, junto con la destinación exclusiva para absorción de pérdidas futuras del artículo séptimo, cabe recordar los términos utilizados por la LSGR en los siguientes artículos de su título VI, ya que mientras el artículo 23 apunta a **“hechos que pongan en riesgo su situación financiera o solvencia”**, el artículo 24 por su parte, se refiere derechamente a que: **“...una institución de garantía recíproca cese en el pago de una obligación”**.

C.- Normas orgánicas externas.

En este acápite, corresponde analizar al segundo grupo de normas orgánicas, al cual hemos denominado como normas orgánicas externas.

Dicha denominación se fundamenta en tanto creemos, nos encontramos frente a una serie de artículos contenidos en la LSGR, que en su conjunto, se refieren a la constitución y participación, de tanto fondos como organismos, que en estricto rigor, son externos a la SGR. Ello en tanto se le considere como un ente autónomo, a saber, dotado de una personalidad jurídica propia, distinta de sus accionistas o socios beneficiarios, individualmente considerados.¹⁷

Es más, si lo analizamos más detenidamente, ésta denominación de normas orgánicas externas, responde a una forma en que se puede analizar válidamente la relación que tendría la SGR con terceros, sea respecto al aporte y constitución de sus fondos, sea con relación a su control por parte de la autoridad pública correspondiente.

De ahí que a través de ellas, debemos abocarnos al estudio de tanto los denominados Fondo de Garantía y Fondo de Garantía del Pequeño Empresario, como asimismo al control que sobre la SGR le corresponde ejercer a la Super Intendencia de Bancos e Instituciones Financieras chilena, o SBIF.

En concreto, las normas orgánicas externas, se encuentran contenidas en dos de los ocho títulos en los cuales se encuentra estructurada la LSGR.

¹⁷ Al respecto, cabe recordar que el párrafo primero del Título XXVIII del Código Civil chileno denominado “De la sociedad”, entrega el concepto originario y doctrinal del contrato de sociedad para la legislación chilena, al preceptuar en su artículo 2053 que: “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**” Código Civil chileno, Santiago, Editorial jurídica de Chile..

Por una parte, en lo que guarda relación con la participación de organismos públicos, Fondos de Garantía y el FOGAPE, encontramos los artículos 32, 33 y 34 del título VIII de la LSGR, denominado como “Disposiciones varias”.

De otro lado, vemos que el control que ejerce la SBIF sobre la SGR, se encuentra normado en el título V de la LSGR, denominado como “De la Regulación de las Instituciones de Garantía Recíproca”.¹⁸

A mayor abundamiento, estimamos que las normas orgánicas externas, admitirían ser sub-clasificadas de la siguiente manera, a saber;

Clasificación de las normas orgánicas externas.

C. 1.-Norma orgánica externa para la participación de organismos y servicios públicos en el sistema de garantías recíprocas chileno. CORFO y sus líneas de crédito licitadas a través de la banca.

C.2.-Los llamados Fondos de Garantía del artículo 33.

C.3.-La participación del denominado Fondo de Garantía del Pequeño Empresario o FOGAPE.

C.4.-Normas orgánicas externas de control. El rol y facultades sancionadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras- SBIF- en el sistema de garantías recíprocas chileno.

¹⁸ Al respecto, estimamos que el legislador chileno no fue feliz en la denominación de ambos títulos. En efecto, por un lado, creemos que por su importancia, tanto la participación de los organismos públicos en el sistema de garantía recíproca, como la regulación del Fondo de Garantía y del Fogape, no sólo se debió haber tratado de manera separada, sino que en forma más clara y extensa. En dicho sentido, el contar con una regulación residual y desorganizada de estas materias - bajo la denominación de “disposiciones varias”- no favorece en absoluto el buen entendimiento del sistema de garantías chileno. Por otra parte, estimamos que la labor que efectúa la SBIF, más que tratarse de una “Regulación de las Instituciones de Garantía Recíproca”, nos encontramos frente a “Medidas de control que afectan a las Instituciones de Garantía Recíproca.”

C. 1.- Norma orgánica externa para la participación de organismos y servicios públicos en el sistema de garantías recíprocas chileno. CORFO y sus líneas de crédito licitadas a través de la banca.

La participación de los organismos y servicios públicos en el sistema de garantías recíprocas chileno, se encuentra regulado en el primero de los artículos que conforman el ya referido último y séptimo título de la LSGR, denominado “Disposiciones Varias.”

En efecto, señala el artículo 32 de la LSGR, que se faculta: “.....a los **organismos y servicios públicos autorizados** para disponer de recursos para fomento y financiamiento de las micro y pequeñas empresas, para que, de acuerdo a las respectivas normas que rigen su funcionamiento, proporcionen recursos a las Instituciones de Garantía Recíproca, **mediante el otorgamiento de créditos cuyo reembolso podrá quedar subordinado a la verificación o cumplimiento de alguna condición determinada.**

Agrega el inciso segundo que: “Para estos efectos, las Sociedades de Garantía Recíproca y las cooperativas que dediquen sus actividades a este giro, **serán consideradas instituciones financieras.**”

De lo expuesto en ambos incisos del artículo 32, corresponde efectuar, en nuestra opinión, las siguientes consideraciones;

1. No obstante lo limitado y ambiguo de sus términos, la primera parte del artículo 32, es la única norma de la LSGR que recoge lo que podríamos considerar como parte de un lineamiento general y política pública de fomento para la Mipyme, al señalar que los **organismos y servicios públicos autorizados puedan disponer de recursos para fomento y financiamiento de las micro y pequeñas empresas.**
2. En dicho sentido, estimamos justo recalcar lo necesario y útil que habría resultado para la implementación del sistema de garantías chileno, el

haber podido contar con una normativa y título preliminar que regulara de una forma más detalla y acorde, las bases del sistema de garantía. A mayor abundamiento, reiteramos que nos resulta ilógico entender porqué el legislador chileno habiendo reconocido la influencia que tuvo en él su par argentino, no incorporó un título ad-hoc, al existente en la Ley de Sociedades de Garantía Recíproca Argentina.¹⁹

3. Es más, no se puede dejar de mencionar la falta de certeza utilizada por la ley chilena en la redacción de una materia tan importante como lo es la participación de los organismos públicos respectivos en un sistema de garantía. Dicha importancia alcanza una significancia aún mayor en el caso chileno, ya que tal como veremos a continuación, tanto los Fondos de Garantías del artículo 33 como la participación del FOGAPE del artículo 34, son los encargados del reafianzamiento del sistema de garantías chileno, y en ambos casos, ya sea directa o indirectamente, se utiliza como base para su funcionamiento a la referencia genérica y no detallada de la primera parte del artículo 33, acerca de organismos y servicios públicos autorizados que podrán disponer de recursos para fomento y financiamiento de las micro y pequeñas empresas.
4. Lo anterior se agrava si consideramos que no sólo no queda claro cuáles son en concreto los organismos y servicios públicos autorizados que podrán disponer de recursos para fomento y financiamiento de las micro

¹⁹ En efecto, el Título I de la ley 24.467 denominado “Disposiciones generales”, regula las bases de dicho sistema de garantía. En dicho sentido, cabe recordar que ya desde el artículo 1 de la ley, bajo la denominación “de objeto” establece claramente las bases de una política pública para la Mipyme argentina al señalar que: “La presente ley tiene por objeto promover el crecimiento y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas impulsando para ello políticas de alcance general a través de la creación de nuevos instrumentos de apoyo y la consolidación de los ya existentes.”. Ley 24.467. Ob., cit. En el mismo sentido, V., artículo 1 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca Española, cuando en su CAPÍTULO I denominado DISPOSICIONES GENERALES, señala que: “Artículo 1. Características de las Sociedades de Garantía Reciproca. Las pequeñas y medianas empresas, con el fin de facilitarse el acceso al crédito y servicios conexos, así como la mejora integral de sus condiciones financieras, podrán constituir Sociedades de Garantía Reciproca con capital variable, en las que los socios no responderán personalmente de las deudas sociales. Ley Núm. 1/1994, de 11 de marzo, “SOBRE REGIMEN JURIDICO DE LAS SOCIEDADES DE GARANTIA RECIPROCA”, (BOE n. 61 de 12/3/1994), España.

y pequeñas empresas, sino que además, tampoco queda resuelto por cuál normativa se harán de regular. Ello en tanto la LSGR sólo se limita a señalar que los recursos de los organismos y servicios públicos autorizados se regularán de acuerdo a las respectivas normas que rijan su funcionamiento, lo cual a todas luces, incrementa la incertidumbre.

5. Ahora bien, de donde si se puede rescatar certeza es en la forma en que la ayuda puede ser canalizada. En efecto, y tal como explicásemos en el capítulo anterior al tratar el tema de las políticas públicas llevadas a cabo en Chile para la implementación del sistema de garantías, “el otorgamiento de créditos cuyo reembolso podrá quedar subordinado a la verificación o cumplimiento de alguna condición determinada”, ha sido llevado a cabo por medio de una licitación que CORPORACIÓN DE FOMENTO CHILENA o CORFO, ha estado efectuando a través de la banca chilena.
6. No obstante lo señalado, y siguiendo la línea de incertidumbre descrita anteriormente, no se puede dejar de recalcar que respecto a la licitación de crédito a través de la banca, la LSGR, sólo se limitó a disponer que su reembolso podrá quedar subordinado a la verificación o cumplimiento de alguna condición determinada, lo cual junto con parecerse arbitrario y poco preciso, no coopera con la búsqueda de una normativa que resguarde una segura solvencia y liquidez para la SGR.
7. Finalmente, cabe señalar que el haberle otorgado el carácter **de institución financiera** a la Sociedades de Garantía Recíproca, no sorprende ni resulta novedoso. En efecto, otras legislaciones iberoamericanas, también le han reconocido similar característica²⁰.

²⁰ Tratándose del caso español, V gr., las autoras RITA LARGO GIL y ESTHER HERNÁNDEZ SAINZ, en su obra “LAS SOCIEDADES DE REAFINAZMIENTO”, reconocen también la falta de innovación al señalar que: “.....tampoco supone una innovación la configuración como entidades financieras; desde 1989, por aplicación de la Ley 26/1998, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, el

C.2.-Los llamados Fondos de Garantía del artículo 33.

En segundo lugar, encontramos la regulación que LSGR efectúa con relación a los denominados Fondos de Garantías, en adelante FG.

Dichos FG, se encuentran detallados en el artículo 33 de la LSGR, al disponer al efecto que: “Las entidades señaladas en el artículo anterior, podrán aportar recursos financieros a uno o más fondos con la única finalidad de afianzar las obligaciones que, por su parte, la Institución afiance y que constituyan el objeto del fondo, de conformidad con los fines, condiciones, modalidades y especificaciones que establezca la normativa interna del mismo.”

Agrega el inciso segundo del referido artículo 33, que: “Estos fondos constituirán patrimonios independientes del de la Institución respectiva y las operaciones de cada cual serán efectuadas por la Institución a nombre y por cuenta y riesgo de aquéllos, los que serán los titulares de los bienes e inversiones a ellos aportados.”

A partir de lo expuesto, cabe efectuar en nuestro parecer, las siguientes consideraciones, a saber;

sistema español de garantía recíproca quedó inserto en el ámbito de control y supervisión del Banco de España. Esto unido a otras reformas del sistema llevadas a cabo por la misma Ley 26/1998 (relativas al derecho a voto y a la composición de los consejos de administración en la SGR, que propiciaron el incremento en éstas del peso específico de los socios protectores), permitió que se hiciera más patente la presencia del sector público en el sistema español de caución mutua...”. LARGO GIL, R y HERNÁNDEZ SAINZ, E., “ LAS SOCIEDADES DE REAFIANZAMIENTO”, en Revista de Derecho de Sociedades, Editorial Aranzadi, año 1999-2, número 13, página 71, Navarra, 2000. Por su parte, el profesor PALÁ LAGUNA, R., en su obra “FÓRMULAS RENOVADAS ALGUNOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA”, señala que: “.....Escapamos en parte del Derecho Mercantil para adentrarnos en el Derecho administrativo, consecuencia lógica de la caracterización de las sociedades de garantía recíproca y de las sociedades de reafianzamiento, como entidades financieras (arts. 1 y 11.1, *in fine*, respectivamente, LSGR), o mejor, como establecimientos financieros de crédito, utilizando un galicismo que no deja de ser reprochable. En la Exposición de Motivos de la Ley- refiriéndose a la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca española- se alude a la novedad que supone calificar a las sociedades de garantía recíproca como entidades financieras.....y agrega : “ Sociedades de garantía recíproca y sociedades de reafianzamiento son, en nuestra opinión, sociedades que se incluyen dentro de la categoría de los establecimientos financieros de crédito por razón de su actividad: una entidad tiene ese carácter cuando su actividad principal, sea o no exclusiva, consiste, en la concesión de avales y garantías o suscripción de compromisos adicionales.”

- a. El o los Fondos de Garantía, se forman a partir de un aporte de recursos financieros.
- b. Dicho aporte financiero, de conformidad a lo dispuesto en la LSGR, es efectuado por las entidades señaladas en el artículo 32, recientemente analizado.
- c. A partir de lo expuesto, y en especial por la reemisión normativa expuesta, no queda claro, ni se especifica en la ley quienes serían las entidades encargadas de efectuar el aporte.
- d. De ahí que, en estricto rigor, todos los organismos y servicios públicos autorizados para disponer de recursos para fomento y financiamiento de las micros y pequeñas empresas, se encontrarían genéricamente autorizados para efectuar los aportes.
- e. No obstante lo anterior, cabe precisar que al menos válidamente, el aporte de recursos financieros lo puede efectuar la CORFO.
- f. Ahora bien, de lo que si existe claridad, es con respecto a la finalidad única de los FG, consistente en afianzar las obligaciones que, por su parte, la Institución afiance y que constituyan el objeto del fondo. En otras palabras, los FG junto al FOGAPE- tal como analizaremos en el punto siguiente- son los encargados por ley del REAFIANZAMIENTO del sistema de garantías recíproco chileno.
- g. De otro lado, no se puede dejar de reconocer que la LSGR, al igual que en el artículo 32, cae nuevamente en una innecesaria ambigüedad y falta de certeza, en cuanto establece que los fines, condiciones, modalidades y especificaciones del FG, en vez de ser regulados específicamente en la

norma, serán determinados de conformidad a lo que **establezca la normativa interna del o los mismo(s)**.

- h. Al respecto, cabe precisar que dicha regulación separada de los FG, podría ser comprendida en tanto según dispone el inciso segundo del artículo 33, “.....Estos fondos constituirán patrimonios independientes del de la Institución respectiva.”
- i. A mayor abundamiento, estimamos que la LSGR chilena cae, en esta materia, en una marcada confusión terminológica. Así lo entendemos, ya que- a diferencia de otras legislaciones iberoamericanas- en el caso chileno, a los Fondos de Garantía se les confiere una labor de reafianzamiento del propio sistema de garantías, y no su natural tarea de solvencia patrimonial para la SGR.²¹

²¹ En el caso español V. gr, BUESO GUILLÉN, P-J, en “EL FONDO DE PROVISIONES TÉCNICAS DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA”. En dicha obra, y a propósito del régimen jurídico aplicable al Fondo de Provisiones Técnicas del sistema de garantías español, y a sus diferencias con el Fondo de Garantía, el Prof. BUESO GUILLÉN señala que: “ La LSGR dedica únicamente su artículo 9 a regular el fondo de provisiones técnicas. Pese a lo sucinto, de este precepto- y de referencias dispersas en la LSGR- cabe extraer las siguientes notas caracterizadoras del fondo de provisiones técnicas, que se completan sustancialmente con las previstas del RD 2345/1996. En primer lugar, la finalidad del fondo de provisiones técnicas. Ésta es la de **reforzar la solvencia de la SGR**. Y en ello coincide con el fondo de garantía, al igual que en su carácter necesario. Ahora bien, con una distinta calidad. Alberto Bercovitz (<<La nueva Ley 1/1994....>>,pg 29) hace ver cómo el refuerzo de la solvencia << no constituye una finalidad abstracta, que sería predicable de cualquier elemento del patrimonio social, sino que tiene unas implicancias concretas>>. Pero ciertas <<implicancias concretas>> ya estaban presentes bajo el régimen del RD 1885/ 1978. Recuérdese que el fondo de garantía tenía como único objeto hacer frente a los pagos que hubiese de realizar la SGR en cumplimiento de las garantías otorgadas. El cambio de orientación radica en que a tal finalidad sirve el fondo de provisiones técnicas, no tanto como un elemento acoplado al patrimonio y adscrito a la cobertura de determinado riesgo, sino como una pieza más en el conjunto de mecanismos destinados a garantizar la solvencia de la SGR en su consideración como entidad financiera. Efectivamente, la disposición adicional 2ª LSGR considera al fondo de provisiones técnicas como uno de los recursos propios de la SGR, <<en las condiciones y cuantías que reglamentariamente se determinen>>. Y así, el artículo 5.1 RD 2345/1996 computa como uno de los recursos propios <<a efectos del cumplimiento de los requisitos mínimos de solvencia>> exigibles a las SGR , el fondo de provisiones técnicas, <<salvo en la parte que corresponda a las provisiones dotadas con carácter específico por la SGR para la cobertura del riesgo de crédito de sus operaciones>>; exclusión en la que insiste el artículo 3.2 RD 2345/1996. Porque, tal y como reza el primer inciso de este mismo apartado y artículo, el fin del fondo de provisiones técnicas es cubrir el riesgo de crédito del conjunto de las operaciones de la SGR”. V., BUESO GUILLÉN, P., “EL FONDO DE PROVISIONES TÉCNICAS DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA”, Revista de Derecho de Sociedades, año 2000-2, número 15, Editorial Aranzadi, 2001, Navarra, páginas 166-167.

Finalmente, cabe señalar que la operatividad y régimen jurídico respectivo, aplicable a los Fondos de Garantías, normado en la parte final del inciso segundo y en los incisos tercero y cuarto del artículo 33, por su connotación funcional, serán analizado en detalle, más adelante, cuando estudiemos en el punto D.3, a lo que hemos denominado como el “Régimen legal para la inversión de recursos por parte de la SAGR”.

C.3.-La participación del denominado Fondo de Garantía del Pequeño Empresario. FOGAPE.

Como tercera norma orgánica externa, corresponde analizar la participación que en el sistema de garantías chileno, le cabe al denominado Fondo de Garantía del Pequeño Empresario, en adelante FOGAPE, a partir de lo dispuesto en el artículo 34 de la LSGR.

En efecto, señala el artículo 34 que se autoriza al “...Fondo de Garantía del Pequeño Empresario, establecido mediante el decreto ley N° 3.472, de 1980, para reafianzar las garantías que otorguen las Instituciones a que se refiere esta ley, según los márgenes y procedimientos que al efecto establezca la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Para estos efectos, las Instituciones deberán participar en las licitaciones contempladas en el artículo 5° del decreto ley señalado precedentemente.”²²

²² En efecto, señala el artículo 5 del decreto ley N° 3.472, de 1980, que: “El Fondo- refiriéndose al FOGAPE- será administrado por el Banco del Estado de Chile, quien, además, tendrá su representación legal. El Fondo y con acuerdo de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, deberá licitar total o parcialmente entre las diversas instituciones financieras, incluyendo el Banco del Estado de Chile, y el Servicio de Cooperación Técnica la utilización del Fondo. El Fondo podrá caucionar obligaciones hasta por un monto que, en su conjunto, no exceda la relación que con respecto a su patrimonio determine la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Corresponderá al Administrador del Fondo especificar, en las bases de cada licitación, las condiciones generales en que las instituciones participantes y los pequeños empresarios y exportadores podrán acceder a la garantía y hacer uso de los derechos de garantía licitados. En todo caso, en las bases se establecerá que los adjudicatarios no podrán destinar más del 50% del monto adjudicado a un solo sector económico, a las personas jurídicas y organizaciones a que se refiere el inciso segundo del artículo 3°, ni a los financiamientos cuyo monto fluctúe entre 3.000 y 5.000 unidades de fomento, o su equivalente en moneda extranjera. Con la o las instituciones adjudicatarias de la o las licitaciones a que se refiere el inciso segundo, el administrador deberá celebrar contratos en los cuales podrá establecerse el procedimiento para el otorgamiento de la garantía del Fondo, la forma de calificar si los créditos vencidos e impagos que se le presente a cobro cumplen con los requisitos para gozar de la garantía y

A partir de lo expuesto, corresponde efectuar los siguientes alcances;

- a. Tal como enunciáramos precedentemente, el FOGAPE, junto a los FG, son fondos y/o patrimonios, que por mandato de la ley se encuentran destinados al Reafianzamiento del sistema de garantías recíprocas chileno.
- b. Si bien es cierto que ambos fondos comparten una serie de características similares, tales como su independencia y finalidad común, no se puede dejar de reconocer, que ambos presentan marcadas diferencias.
- c. En efecto, mientras los FG, se rigen de conformidad a las normas del Título V de la LSGR y del Título VII de la ley N° 18.815, el FOGAPE, por su parte, se encuentra establecido y normado por el decreto ley Núm. 3.472, del año 1980.
- d. Ahora bien, estimamos que en lo que respecta a sus márgenes y procedimientos, es en donde ambos Fondos, presentan su mayor diferenciación. De hecho, mientras los márgenes y procedimientos de los FG son determinados de conformidad a lo que establezca la normativa interna del o los mismo(s), en el caso del FOGAPE en cambio, dicha tarea corresponde efectuarla a la SBIF, a través de la participación por parte de la SGR de una licitación, regulada de conformidad al procedimiento contemplado en el artículo 5° del decreto ley Núm. 3.472, de 1980.^{23 24}

en caso afirmativo la forma de reembolsar a la institución; la forma de invertir sus recursos en depósitos o instrumentos bancarios, y el procedimiento para la cobranza de los financiamientos pagados por el Fondo y las demás condiciones que determine la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. El administrador del Fondo deberá efectuar un balance anual de sus operaciones. El Banco del Estado de Chile tendrá derecho a una comisión de administración en la forma y condiciones que fije la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

²³ Tal como veremos a continuación, la entrega de dicha facultad sancionadora a la SBIF, no deja de ser relevante para el sistema de garantías. En efecto, la SBIF es el ente administrativo encargado de no sólo el control, sino que asimismo de velar por que se mantenga el resguardo solvente necesario para la SGR.

- e. Finalmente, cabe señalar que sin perjuicio del margen genérico y procedimiento descrito en el punto precedente, la LSGR estableció en el inciso final del artículo 34 un margen específico para los montos que el FOGAPE pueda conferir en su tarea de reafianzamiento, al señalar que: “En ningún caso el monto total de la garantía directa otorgada por el Fondo de Garantía del Pequeño Empresario, sumada al monto del reafianzamiento que éste otorgue a una Institución de Garantía Recíproca podrá exceder para un mismo deudor, de los límites individuales de garantía contemplados en el decreto ley N° 3.472, de 1980.”²⁵

²⁴ A mayor abundamiento, agrega el inciso tercero del artículo 34 que: “En cumplimiento de la obligación establecida en el inciso primero- correspondiente a la posibilidad que el FOGAPE reafiance las garantías que otorguen las SGR- la referida Superintendencia- de Bancos e Instituciones Financieras- podrá establecer normas destinadas a regular: a) Modalidades de asignación de garantía, requisitos de las Instituciones que opten al reafianzamiento, y mecanismos de asignación del mismo. b) Márgenes globales e individuales de reafianzamiento, de la cartera de fianzas otorgadas por la Institución y de sus afianzados, respectivamente. c) Requisitos y condiciones para otorgar el reafianzamiento, en materias tales como la tasa de cobertura de la garantía, elegibilidad de deudores reafianzados, comisiones de utilización y administración, montos y plazos máximos de créditos reafianzados, complementariedad de garantías, garantías adicionales y exclusiones. d) Procedimientos de constitución del reafianzamiento y de cobro de la garantía. De todas estas materias **se deberá dejar constancia en las bases de las licitaciones respectivas**.”

²⁵ El artículo 4° del decreto ley N° 3.472, de 1980..... En todo caso, los financiamientos garantizados por el Fondo no podrán exceder en total, de 3.000 unidades de fomento, o su equivalente en moneda extranjera, para cada empresa. La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras podrá, mediante una norma de carácter general, elevar el monto máximo de los financiamientos a los que se refiere este inciso, sujeto a las condiciones que establezca, los que en ningún caso podrán exceder de 5.000 unidades de fomento, o su equivalente en moneda extranjera. Con todo, el Fondo no podrá garantizar más del 80% del saldo deudor de cada financiamiento de hasta 3.000 unidades de fomento, ni más del 50% de dicho saldo respecto de cada financiamiento cuyo monto exceda de 3.000 unidades de fomento, o su equivalente en moneda extranjera, y no sobrepase las 5.000 unidades de fomento, o su equivalente en moneda extranjera. Respecto de los exportadores a que se refiere la última parte del inciso primero del artículo anterior, el monto máximo del financiamiento a garantizar a cada exportador no podrá exceder la cantidad de dinero en moneda nacional o en moneda extranjera, equivalente a 5.000 Unidades de Fomento. Con todo, el Fondo no podrá garantizar más del 80% del saldo deudor de cada financiamiento. En el caso de las personas jurídicas y organizaciones a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior, los financiamientos que garantice el Fondo no podrán exceder, en total, de 24.000 unidades de fomento para cada persona jurídica u organización. El Fondo no podrá garantizar más del 80% del saldo deudor de cada financiamiento.

C.4.-Normas orgánicas externas de control. El rol y facultades sancionadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras- SBIF- en el sistema de garantías recíprocas chileno.

Como cuarto y final punto, nos corresponde analizar el tema del control al cual se encuentra expuesta la SGR, agrupado en nuestro parecer, bajo la denominación de normas orgánicas externas de control.

Dicho grupo normativo, se encuentra disperso a lo largo del título V de la LSGR, denominado como “De la Regulación de las Instituciones de Garantía Recíproca.”

Al respecto, cabe señalar, que tal como mencionásemos anteriormente, más que ser un título que se encargue de la regulación de la SGR, el título V determina todo un contenido normativo, referido a los órganos y medidas de control que se pueden ejercer externamente sobre la SGR.

En efecto, dicho control externo que se ejerce sobre la SGR, es decir que se lleva a cabo en forma distinta e independiente de los órganos internos de la SGR- llámese junta de accionistas o Directorio en el caso de la SAGR- se efectúa a grandes rasgos, a través de la labor que realizan dos tipos de órganos o autoridades tan distintas como lo son, por una parte, el control privado, a través de los auditores externos independientes, y por otro, el gran control público, que ejecuta la SBIF, ya sea en sus ámbitos normativo, orgánico, funcional o bien en la relación que la SGR mantiene con sus terceros relacionados.

El Control Privado. Los Auditores Externos Independientes

En primer término, encontramos un control privado que se ejerce sobre la SGR, y que se efectúa a través de la auditoría que deben realizar los auditores externos independientes.

El artículo 20 de la LSGR, es el encargado de establecerlo al disponer que: “Los estados financieros anuales de las Instituciones de Garantía Recíproca deberán ser **auditados por auditores externos independientes inscritos en el registro de auditores a cargo de la Superintendencia de Valores y Seguros**. En su dictamen, los auditores deberán emitir un juicio razonado sobre el cumplimiento, por parte de la respectiva Institución, de las normas de regulación referidas en el artículo precedente.”

A partir de lo expuesto en el artículo 20 precedente, corresponde a nuestro entender, efectuar las siguientes apreciaciones;

1. El hecho que la LSGR haya encargado la tarea del control privado a uno de los tres órganos sociales de la SA, tal como lo son los auditores externos independientes, refuerza nuestro parecer la preferencia que se le otorgó y se le sigue otorgando a la SA, para que sea éste tipo social y no el de las Cooperativas, el encargado de implementar el sistema de garantías chilenos²⁶.
2. Es más, el hecho que la SGR deba ser auditada por auditores externos independientes **inscritos en el registro de auditores a cargo de la Superintendencia de Valores y Seguros**, no dejaría otra alternativa posible, más que sea la Sociedad Anónima Abierta y no la cerrada, la encargada de dicha misión.
3. Ello descartaría de plano, la posibilidad de contar con una futura Cooperativas de Garantía Recíproca, en tanto dicho tipo social, a diferencia de las sociedades anónimas cerradas, nunca podrán transar en bolsa de valores, y por tanto nunca podrán quedar sujetas a la Superintendencia de Valores y Seguros. Otra postura con respecto a la correcta interpretación de éste artículo, consistiría en entender que los

²⁶ Cabe recordar los argumentos que en dicho mismo sentido, ya esbozados en el Capítulo I al analizar “La prioridad otorgada a la SAGR.”

auditores externos independientes inscritos en el registro de valores, auditarán tanto a las Sociedades Anónimas como a las Cooperativas, lo cual si se considera la estructura y características societarias de las Cooperativas, haría caernos en un contrasentido.

4. Una vez superado el hecho de que los auditores externos independientes, realizarán su labor de fiscalización sobre la sociedad anónima abierta, cabe preguntarse en qué consistirá efectivamente dicha la labor de control. Al respecto, la LSGR señala que: “En su dictamen, los auditores deberán emitir **un juicio razonado sobre el cumplimiento**, por parte de la respectiva Institución, **de las normas de regulación referidas en el artículo precedente**”
5. Si se analizan conjuntamente los artículos 19 y 20 de la LSGR, cabe concluir que la auditoría anual que efectúen los auditores externos independientes sobre los estados financieros de la SGR, deberá contener a lo menos un informe razonado que refleje lo más objetivamente posible el cumplimiento por parte de la SGR de las exigencias sobre calificación de garantías y certificado de fianzas, establecido en el artículo 19 de la LSGR, denominado por nosotros como control funcional de la SBIF sobre la SGR.

El Control Público de la SGR. Rol y facultades de la SBIF.

El segundo y mayor control al cual se encuentra sujeta la SGR, es un control de carácter público, y el cual es llevado a cabo a través de la labor que efectúa la autoridad administrativa, representada para estos efectos en Chile por la SBIF.

Este control, al igual que el anterior, es externo a la SGR, en tanto se efectúa por un ente distinto de la SGR, individualmente considerado.

Ahora bien, cabe señalar que al analizar con detenimiento el título V, se puede concluir que la labor de control o “regulación”- en palabras del legislador chileno- que efectúa la SBIF, alcanza diferentes ámbitos.

En efecto, cuatro son los ámbitos en los cuales se desenvuelve el control que la SBIF, ejercería sobre la SGR, a saber, control normativo, control orgánico, control sobre los terceros relacionados a la SGR y finalmente un control dinámico o funcional.

El denominado control normativo

El primero de los controles que ejerce la SBIF, y al cual hemos denominado como control normativo, surge a partir de lo dispuesto en el artículo 22, cuando señala que: “La Superintendencia **podrá dictar instrucciones generales para la aplicación de la presente ley.**”

Decimos que es un control normativo, ya que en buenas cuentas, lo que hace la SBIF con la dictación de circulares de carácter general, es una interpretación y control de índole administrativo por sobre y acerca de los alcances que tiene la LSGR.

En dicho sentido el artículo 22 señalado, refuerza nuestro parecer en tanto dispone que dichas instrucciones de carácter general, tendrán por finalidad el velar por la aplicación de la LSGR, lo cual en nuestra opinión, no es más que velar por el correcto cumplimiento de su normativa en sentido estricto.

Ahora bien, cabe precisar que si bien es cierto que LSGR señala que es una facultad que la SBIF podrá utilizar, a la fecha, dicha atribución ya se ha hecho efectiva con la dictación de las circulares número 1, dictadas el 16 de octubre del año 2007, y mediante las cuales se establecieron las normas generales para las Sociedades de Garantía Recíproca y para las firmas evaluadoras de garantía recíproca²⁷.

²⁷ Circulares número 1 de la SBIF, de fecha 16 de octubre de 2007. Disponibles en internet en el mes de noviembre de 2007 en www.sbif.cl. Ob., cit.

Es más, estimamos que lejos de ser únicas en su especie, dichas circulares serán las primeras de varias instrucciones de carácter general y que la SBIF dictará para la aplicación de la LSGR.

El Control orgánico (previo y posterior)

De otra parte, encontramos lo que hemos denominado como un control orgánico de parte de la SBIF.

Lo hemos denominado de esa manera, ya que al igual que la línea investigativa de este trabajo- en normas orgánicas y funcionales- tratándose de esta materia acerca del control que ejerce la SBIF sobre la SGR, encontramos por un lado, un tipo de fiscalización de corte orgánico y que la LSGR confiere a la SBIF, en tanto se considere a la SGR como ente u órgano social.

Del mismo modo, y por otra parte, la SBIF ejerce un control funcional o dinámico en materia de calificación de la garantía misma y su certificado de fianza correspondiente.

Es más, estimamos que no sólo a partir de los términos utilizados por la LSGR, sino porque su oportunidad de control es diferente, el denominado control orgánico, admite ser sub clasificado en control orgánico previo y control orgánico ex post o posterior.

En efecto, por una parte encontramos que el artículo 17 de la LSGR, regula lo que hemos denominado como **control orgánico previo**, al disponer que: “Para ejercer el giro de Institución de Garantía Recíproca, se deberá acreditar previamente ante la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras:

a) Que se encuentran constituidas legalmente y tienen como giro exclusivo el desarrollo de las actividades a que se refiere esta ley; y que sus administradores no han sido condenados por crimen o simple delito, y

b) Que tienen un patrimonio igual o superior a 10.000 unidades de fomento, acreditado en conformidad a las instrucciones que imparta la Superintendencia.”

Con relación, al control orgánico previo del artículo 17, corresponde efectuar a nuestro parecer, los siguientes alcances;

- a. El control previo que efectúa la SBIF sobre la SGR, se estructura a partir de la acreditación ante ella, de ciertos requisitos que ésta debe cumplir en materia de constitución legal, giro, calidad de sus administradores y patrimonio.
- b. Todos ellos, son a nuestro entender, requisitos de carácter objetivo, en tanto se encuentran claramente definidos por la ley.
- c. De otro lado, estimamos que todos los requisitos deberán ser cumplidos conjuntamente para que así se cumpla efectivamente lo querido por la LSGR.
- d. Es más, creemos que para poder acreditar fielmente el cumplimiento de la normativa, la SBIF deberá basar su fiscalización y control, tanto en los términos contenidos en los estatutos de constitución social de la SGR, como asimismo en el fiel cumplimiento de lo dispuesto en las circulares número 1, dictadas el 16 de octubre del año 2007.
- e. Finalmente, estimamos que la SBIF en su tarea de control, desarrolla una verdadera labor de ministro de fe, al ser la encargada de certificar y comprobar que los requisitos exigidos, efectivamente sean cumplidos. Así las cosas, cabría sostener que aún cuando la SGR pueda nacer válidamente a la vida del derecho y contar con una personalidad jurídica propia- distinta de sus beneficiarios individualmente considerados- de

no cumplir con estos requisitos de constitución administrativa, no podría operar válidamente.

Como contraparte, se encuentra el denominado **control orgánico ex post**, normado en el inciso final del artículo 17 y en el 18.

En efecto, por un lado el inciso final del artículo 17 señala que: “Estas mismas circunstancias deberán ser acreditadas, además, anualmente ante la Superintendencia”.

De otro lado, se agrega el artículo 18, al disponer que: “La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras llevará un Registro de Instituciones de Garantía Recíproca en el cual éstas se clasificarán en categorías A o B.

Se incluirán en la Categoría A aquellas que, además de cumplir con todos los requisitos indicados en el artículo anterior, cuenten con un informe favorable de evaluación emitido por una entidad independiente de la sociedad, especializada en la materia, por lo menos en dos épocas distintas del año.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, en cualquier momento la Superintendencia podrá ordenar a una entidad evaluadora que efectúe una revisión a determinada Institución, con cargo a ésta.

Los informes de evaluación de estas entidades evaluadoras deberán responder a los requerimientos que la Superintendencia determine.

Las entidades evaluadoras deberán estar inscritas en el Registro abierto con tal fin por la Superintendencia, y quedarán sujetas para estos efectos a su reglamento y control.

Las Instituciones que no cumplan con lo expuesto en el inciso segundo de este artículo se incluirán en la Categoría B”.

Ahora bien, cabe señalar que con respecto al descrito control orgánico ex post, corresponde efectuar a nuestro parecer, los siguientes comentarios, a saber;

- a) Lo primero que cabe resaltar, es que los requisitos objetivos exigidos por la LSGR para el control orgánico previo, deberán también cumplirse y acreditarse anualmente ante la SBIF durante la vida de la SGR.
- b) En lo que se refiere al control ex post propiamente tal, éste se encuentra regulado en el artículo 18 de la LSGR.
- c) Al analizar el artículo 18, vemos que el control ex post que debe efectuar la SBIF es doble, al ser por una parte registral y por otro de calificación.
- d) En efecto, por una parte es registral en tanto la SBIF se encuentra obligada a llevar un registro de tanto las SGR, como asimismo de las entidades evaluadoras.
- e) De otro lado, es de calificación, en tanto las SGR que se inscriban en el registro podrán contar con la categoría A o B.
- f) Ahora bien, cabe precisar que si bien es cierto que a primera vista los requisitos establecidos en el inciso segundo del artículo 18 para la inclusión en la categoría A, parecieran ser objetivos- informe favorable de evaluación emitido por una entidad independiente de la SGR especializada en la materia en dos épocas distintas del año a lo menos- si se aprecian las amplias facultades discrecionales otorgadas a la SBIF por los incisos tercero y cuarto del artículo 18, dicha objetividad pareciera perderse.

- g) En efecto, estimamos que la objetividad presentada en la determinación precisa de los requisitos señalados, se nutre de subjetividad, en tanto queda sujeta a la libre determinación y criterio de la SBIF tanto en lo que se refiere a la oportunidad, como asimismo en los contenidos precisos que contendrán los informes de evaluación evacuados por las entidades evaluadoras.

- h) Finalmente, no se puede dejar de reconocer que a partir de los términos utilizados en el inciso cuarto del artículo 18, en especial cuando señala que los informes de evaluación deben responder **a los requerimientos de la SBIF**, se cimentó el sustento normativo para la posterior dictación de las ya referidas circulares número 1, dictadas el 16 de octubre del año 2007, y mediante las cuales se establecieron las normas generales para las Sociedades de Garantía Recíproca y para las firmas evaluadoras de garantía recíproca.

Control con respecto a los terceros relacionados

En tercer lugar, visualizamos un tercer tipo de control, al cual hemos denominado “control con respecto a terceros relacionados”.

Lo hemos denominado así, en tanto da cuenta de un tipo especial de control que la SBIF puede ejercer con respecto a aquellos grupos colectivos que de alguna u otra forma se relacionan comercial o jurídicamente con la SGR.

De ahí que con el término terceros relacionados, se incluyan desde los terceros acreedores de la SGR, bancos, cooperativas de ahorro, y en general cualquier otra institución financiera que directa o indirectamente mantenga una relación jurídica o comercial con la SGR en el cumplimiento y desarrollo de su giro social. Por la misma razón estimamos que la mención que señala el artículo 21, lejos de ser taxativa, deja abierta otra posibilidad de control efectivo sobre cualquier otra institución financiera, que estando

sujeta a la ley chilena, se relacione en un futuro cercano, sea comercial, financiera o jurídicamente con la SGR.

En concreto, el referido artículo 21 de la LSGR, señala que: “Los bancos, instituciones financieras y cooperativas de ahorro y crédito, deberán proporcionar a su respectivo ente fiscalizador, toda la información y antecedentes que éste les solicite, respecto de las obligaciones que se encuentren garantizadas por las Instituciones de Garantía Recíproca.

Asimismo, los acreedores de obligaciones que sean garantizadas por una Institución deberán proporcionar a ésta toda la información que les solicite sobre aquéllas y acerca del comportamiento del deudor en el cumplimiento de sus compromisos, de manera veraz, suficiente, oportuna y completa.

El incumplimiento del acreedor a lo establecido en el inciso anterior lo hará responsable de los perjuicios que ello causare a la Institución, sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondieren por las infracciones cometidas”.

Ahora bien, estimamos que a partir de lo expresado, corresponde efectuar los siguientes comentarios;

- a. El artículo 21 al tratar el tema de los terceros relacionados, distingue acertadamente en nuestra opinión, entre dos grupos como lo son, por una parte, los acreedores de la SGR y las instituciones financieras que se relacionan con la SGR, por otro.
- b. Es más, entendemos que dicha distinción resulta acertada, si se considera el ámbito de control que respectivamente ejerce la SBIF sobre cada uno de ellos.

- c. En efecto, mientras en el caso de las instituciones financieras, bancos y cooperativas de ahorro y crédito, la SBIF ejerce un control directo sobre ellos, al ser el organismo que los supervisa, tratándose de los terceros acreedores en cambio, dicho ámbito de acción se ve más limitado, ya que la SBIF no ejerce necesariamente sobre ellos un control o supervigilancia.
- d. De ahí que estimemos innecesaria y redundante, el que la primera parte del artículo 21 señale “ a su respectivo ente fiscalizador”, ya que este, para dichos efectos, será la misma SBIF, sea que estemos ante una SGR, Cooperativa de Ahorro y Crédito, o bien ante cualquier otra institución financiera.
- e. Ahora bien, cabe precisar que aún cuando la LSGR distinga en estos dos grupos, la obligación que impone en ambos casos es la misma, a saber; la entrega de información y antecedentes que se relacionen con el cumplimiento de sus obligaciones, por parte de la SGR.
- f. A mayor abundamiento, en el caso de que sea la banca chilena quien en definitiva se constituya en el gran acreedor de la SGR, la referida distinción normativa y doctrinaria será letra muerta.
- g. No obstante lo anterior, cabe reconocer que de acuerdo al texto legal, mientras que en el caso del primer grupo- instituciones financieras y otras- la LSGR los obliga a proporcionar a la SBIF toda la información y antecedentes que éste solicite respecto de las obligaciones que se encuentren garantizadas por las SGR, en el caso de los terceros acreedores de obligaciones garantizadas por una SGR en cambio, junto a la obligación de proporcionar la información solicitada por la SBIF , se agrega no sólo el componente preciso referente al comportamiento de la SGR en el cumplimiento de sus obligaciones, sino que además, que dicha

información deberá ser entrega de manera veraz, suficiente, oportuna y completa.

- h. Como epílogo, cabe señalar que si bien es cierto que las características de veracidad, suficiencia, oportunidad y contenido completo de la información que a de entregarse a la SBIF, sólo son exigidas para el caso de los terceros acreedores de la SGR, nos vemos inconveniente legal alguno, para que ellas también se hagan extensivas para el grupo conformado por las instituciones financieras, banca y cooperativas de ahorro y crédito.

El control funcional

Finalmente, encontramos un control de tipo funcional que ejerce la SBIF sobre la calificación de garantías y certificado de fianzas, los cuales por su carácter dinámico, serán tratados en el punto D.8 cuando veamos el certificado de fianza.

D.- Las denominadas normas dinámicas o funcionales.

Corresponde finalmente, abocarnos al estudio del otro gran grupo de normas, al cual hemos denominado como normas dinámicas o funcionales.

Tal como enunciásemos anteriormente, a través de ellas pretendemos centrarnos en dos objetivos distintos pero íntimamente relacionados como lo son, el funcionamiento y operatividad del sistema de garantías considerado en su conjunto, y el estudio particular de la Sociedad Anónima de Garantía Recíproca, en tanto tipo social elegido para la puesta en marcha e implementación del sistema de garantías recíproco chileno. Por dicho motivo, las diversas explicaciones que se den en el presente acápite estarán centradas en dicho tipo social, como asimismo en sus correspondientes órganos sociales, a saber, la junta de accionistas y el Directorio de la SAGR.

A mayor abundamiento, estimamos que si con el estudio de las normas orgánicas, dimos respuesta a las interrogante relativas a ¿qué requisitos se necesitan cumplir para poder constituir una SGR válidamente?, ¿cuáles son los elementos constitutivos de una SGR, o bien, ¿cuáles son los controles a los cuales se encuentra sujeta una SGR?, con las normas dinámicas en cambio, nos centramos en responder la pregunta relativa a ¿Cómo opera efectivamente el sistema de garantías recíprocas chileno?.

En dicho sentido, a priori, cabe señalar que para dar una respuesta suficiente a la interrogante planteada, resultará necesario el detenernos en el análisis de materias tan distintas que van desde la explicación de los términos utilizados por la mismísima LSGR para definir y conceptualizar sus diversos instrumentos, hasta la determinación del régimen legal para la inversión de recursos o bien, y por último, el análisis de la participación social que les corresponderá a los accionistas en la SAGR.

Por otra parte, cabe mencionar que el estudio de la operatividad del sistema de garantías chileno, nos llevará necesariamente a detener nuestro análisis en el denominado contrato de garantía recíproca, en tanto éste fue el instrumento jurídico elegido por la LSGR, para sustentar en definitiva, su funcionalidad.

Finalmente, y por razones puramente pedagógicas, cabe señalar que el estudio de las normas dinámicas o funcionales, se efectuará a partir de la sub-clasificación que a continuación expondremos.

Con ella, pretendemos otorgar al lector una clasificación normativa, que de cuenta del funcionamiento y operatividad del sistema de garantías, encontrando por cierto, en el contrato de garantía recíproca, su centro principal de estudio.

Clasificación de las normas dinámicas o funcionales.

D.1.- Las conceptualizaciones legales establecidas en la ley 20.179 aplicables a la SAGR.

D.2.- El objeto único o exclusivo de la SAGR.

D.3.- Régimen legal para la inversión de recursos por parte de la SAGR

D.4.- Medidas legales de resguardo solvente y régimen de participación social de la SAGR.

D.5.- Introducción al dinamismo o funcionalidad del sistema de garantías recíprocas chileno

D.6.- Conceptualización del Contrato de Garantía recíproca, del Certificado de fianza y de las denominadas contragarantías.

D.7.- El Contrato de Garantía Recíproca y las denominadas Contragarantías.

D.8.- El Certificado de Fianza material e inmaterial.

D.9.- La Carta de Garantía.

D.10.- Disolución, Fusión y División de la SAGR.

D.1.- Las conceptualizaciones legales establecidas en la ley 20.179 aplicables a la SAGR.

Estimamos que para poder llegar a entender cómo opera o se desenvuelve efectivamente el sistema de garantías chileno, el primer punto con respecto al cual se debe tener la mayor claridad y precisión posible, se refiere al lenguaje técnico, o terminología conceptual utilizada al efecto por la ley, a la hora de definir y conceptualizar sus elementos.

Así pensamos, en tanto creemos que sólo a partir de una precisa e uniforme base conceptual, seremos capaces de poder llegar a entender que es lo que ha querido significar el legislador chileno al normar su sistema de garantías.

El artículo 2° de la LSGR, ha sido el encargado de entregarnos la base conceptual del sistema de garantías, al señalarnos lo que debe entenderse para efectos legales por Institución de Garantía Recíproca, beneficiarios del sistema de garantías, contrato de garantía recíproca, certificado de fianza y contragarantías.

Concepto y características de la Sociedad Anónima de Garantía Recíproca

El primero de los términos conceptuales, lo encontramos en la letra e) del artículo 2° de la LSGR, cuando señala que por Institución (es) o Entidad (es) de Garantía Recíproca debe entenderse a: “Las sociedades anónimas y cooperativas de garantía recíproca”.

Tal como mencionásemos anteriormente, la LSGR al tratar el tema de la conceptualización de la IGR y/o SGR, sólo se limitó a establecer que su constitución y regulación específica correspondiente, quedaría supeditada a la regulación particular que se acordara por sus constituyentes, sea ésta una sociedad anónima o bien, una cooperativa de ahorro y crédito.

Ahora bien, y dada su importancia, estimamos necesario el dar respuesta a dicho vacío legal, en especial, a través de un acercamiento conceptual de a lo menos el tipo social de corte capitalista, a saber la Sociedad Anónima de Garantía Recíproca.

En dicho sentido, creemos que a partir de no sólo lo normado por la propia LSGR, sino que asimismo por otras leyes mercantiles chilenas afines,²⁸ debemos entender que la

²⁸ V.gr, el art. 40 de la ley general de bancos chilena, cuando señala que: “Banco **es toda sociedad anónima especial** que, autorizada en la forma prescrita por esta ley y con sujeción a la misma, se dedique a captar o recibir en forma habitual dinero o fondos del público, con el objeto de darlos en préstamo, descontar documentos, realizar inversiones, proceder a la intermediación financiera, hacer rentar estos dineros y, en general, realizar toda otra operación que la ley le permita. Ley General de Bancos. Decreto con Fuerza de Ley Número 3. Publicado en el Diario Oficial con fecha 19 de diciembre de 1997. Del mismo modo, y atendida la similitud en cuanto a los mecanismos de control a los cuales se encuentra sujeta la SGR por parte de la SIBF chilena, cabe recordar que el artículo número 126 de la ley 18.046, al tratar el tema de las **sociedades anónimas especiales**, señala que: “Las compañías aseguradoras y reaseguradoras, las sociedades anónimas administradoras de fondos mutuos, las bolsas de valores y **otras sociedades que la ley expresamente someta a los trámites que a continuación se indican**, se forman, existen y aprueban por escritura pública, obtención de una resolución de la Superintendencia que autorice su existencia e inscripción y publicación del certificado especial que otorgue dicha Superintendencia. Las escrituras públicas deberán contener, a más de las

SAGR es: “Una sociedad anónima especial de carácter mercantil, constituida por pequeños y medianos empresarios (individuales o colectivos), con capital variable y cuyo objeto exclusivo consiste en prestar garantía por aval a favor de sus accionistas beneficiarios para las operaciones que éstos realicen dentro del tráfico de las empresas de que sean titulares, y quien además los asesora con respecto a las formas más adecuadas de financiación para sus respectivas operaciones”²⁹

A mayor abundamiento, estimamos que a partir del concepto antes descrito, se derivan las siguientes características para la SAGR;

- a) Se trata de una **sociedad anónima especial**. Ello tanto por la especial normativa que las rige, como asimismo por los particulares mecanismos y órganos de control a los cuales se encuentra sometida.
- b) Es una **sociedad de empresarios**, sean éstos pequeñas o medianas empresas.
- c) Al ser una **sociedad mercantil**, deberán cumplir con las obligaciones respectivas del Código de Comercio chileno, consistentes entre otras, en tener que llevar libros de contabilidad o bien tener que inscribirse en el registro de comercio correspondiente a su domicilio social, para su constitución jurídica.

menciones generales exigidas por esta ley, las especiales requeridas por las leyes particulares que las rijan. La Superintendencia deberá comprobar que estas sociedades cumplen con las exigencias legales y económicas requeridas al efecto, para autorizar su existencia. Las resoluciones que revoquen autorizaciones concedidas serán fundadas. Aprobada la existencia de una sociedad, la Superintendencia expedirá un certificado que acreditará tal circunstancia y contenga un extracto de las cláusulas del estatuto que determine dicho organismo, el que se inscribirá en el Registro de Comercio del domicilio social y se publicará en el Diario Oficial dentro del plazo de 60 días contado desde la fecha de la resolución.”

²⁹ Cabe reconocer que para obtener el concepto descrito, junto a la normativa chilena afín, sirvieron de inspiración y referencia tanto lo dicho por el profesor Alberto Bercovitz en “El objeto de las SGR”. Conferencia pronunciada en la sede de la Junta de los colegios oficiales de corredores de comercio el día 2 de junio de 1980, como asimismo lo expresado por Rodrigo Uría, Aurelio Menendez y Mercedes Vérguez en “SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA Y SOCIEDADES LABORALES”, en “Curso de Derecho Mercantil I, segunda edición, Editorial Thomson, Civitas, Aranzadi, 2006.

- d) Tal como veremos a continuación, la sociedad cuenta con un **objeto social único o exclusivo**, consiste en el otorgamiento de garantías a favor de sus accionistas beneficiarios.
- e) Si bien es cierto que en la LSGR chilena **no se reconoce ninguna característica de mutualidad a la SAGR**, el hecho que su capital social sea variable, y al considerar lo que ocurre en otras realidades iberoamericanas en materias de garantías, ello si sería en nuestra opinión, una clara manifestación de dicha diferencia con lo ocurre usualmente con la sociedad anónima de connotación general.
- f) Es una **sociedad de responsabilidad limitada**, en el sentido que los accionistas beneficiarios de las garantías, no responden personalmente de las deudas sociales.
- g) La SGR se gobierna por una **junta de accionistas y un Directorio**, inspirados en el modelo de sociedad anónima chilena.
- h) Finalmente, cabe precisar que es una sociedad **sometida al control, vigilancia e inspección de la Super Intendencia de Bancos e Instituciones Financieras**, organismo administrativo que ya analizamos, y que en su estructura y manera de efectuar dicho control se asemeja al Banco de España

Beneficiarios del sistema de garantías

El segundo de los términos conceptuales, lo encontramos en la letra a) del artículo 2º, cuando señala que por beneficiarios del sistema de garantías, debemos entender a “las personas naturales o jurídicas que de conformidad al estatuto de la Institución pueden optar a ser afianzados por ésta para caucionar sus obligaciones, de acuerdo con las normas de la presente ley.”

Al respecto, cabe señalar en primer término, que si se analizan otras normas de la LSGR, el concepto de beneficiario no difiere de lo que la misma ley entiende por accionista de SAGR.

En efecto, el artículo 1º inciso tercero utiliza la misma distinción entre personas naturales y jurídicas cuando señala quienes podrán ser accionistas de una SAGR, al disponer que : “Sus accionistas-refiriéndose a la SAGR- podrán ser **personas naturales o jurídicas** que participan de la propiedad del capital social, tendrán los derechos y obligaciones que les confiere la ley y podrán optar a ser afianzados por la sociedad para caucionar determinadas obligaciones que contraigan, de conformidad a las normas de la presente ley.”

No obstante lo anterior, cabe precisar que beneficiario del sistema de garantías y accionista, se refieren a conceptos distintos³⁰.

Es más, a nuestro entender, no se puede dejar de reconocer que el hecho de ser beneficiario de una SAGR, presenta las siguientes características;

- a. Los beneficiarios de una SAGR, podrán ser tanto personas naturales, como jurídicas o sociedades. En dicho sentido, si consideramos los ropajes jurídicos que legalmente puede adoptar la Mipyme chilena, entenderemos que las personas naturales o jurídicas a las cuales hace referencia la LSGR, estará referido desde el comerciante individual sea que opere como persona natural o bien, bajo la forma de E.I.R.L (Empresa Individual de Responsabilidad Limitada), hasta el comerciante colectivo, o sociedad, sea en sus tipos sociales de corte personalistas (sociedad colectiva), mixto (sociedad en comandita simple o por acciones y sociedad de responsabilidad limitada), o bien de capital

³⁰ En efecto, entre ellos- al igual que con el tipo social- existe una relación género especie que los diferencia. De ahí que beneficiarios del sistema de garantías, lo serán tanto los accionistas de la SAGR, como los socios de la CGR.

(sociedad anónima abierta o cerrada) y la recientemente aprobada sociedad por acciones-SPA.³¹

- b. El hecho de ser beneficiarios de una SAGR, les otorga la facultad de poder optar a un afianzamiento de sus obligaciones por parte de la SAGR.
- c. El otorgamiento del respectivo afianzamiento por parte de la SAGR queda supeditado a lo que el respectivo estatuto social haya dispuesto al efecto.
- d. Dicha supeditación a la cual quedará sujeta el otorgamiento del afianzamiento por parte de los estatutos sociales de la SAGR, deberá efectuarse de conformidad a la LSGR.
- e. Finalmente, entendemos que si bien es cierto que la LSGR chilena no siguió la distinción largamente utilizada por otras legislaciones iberoamericanas entre socios beneficiarios y protectores, en tanto centra su operatividad en el Contrato de Garantía Recíproca, y no en dicha diferenciación, no se puede dejar de reconocer que los términos expresados por la LSGR en la letra a) del artículo 2º- en especial en lo que se refiere a la facultad de afianzamiento por parte de la SAGR- se asemejan claramente a lo que en otras realidades se entiende por socio beneficiario del sistema de garantías.

³¹ El tipo social denominado sociedades por acciones, nació en Chile a partir de la dictación de la ley número 20.190. Ley Núm. 20.190, publicada en el D.O, con fecha 5 de junio de 2007, mediante la cual se “Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales”. Ministerio de Hacienda, Chile., Ob., cit. Del mismo modo, a nuestro entender, también podrán ser considerados beneficiarios aquellas Mipymes chilenas que sin contar con personalidad jurídica, hayan optado por constituirse bajo la forma de una asociación o cuentas en participación, regida por el artículo 507 del Código de Comercio Chileno. Ob., cit.

El Contrato de Garantía Recíproca, el Certificado de Fianza y las denominadas Contragarantías.

El tercer aporte conceptual, surge a partir de lo dispuesto en las letras b), c) y d) del artículo 2º, al definir respectivamente lo que debe entenderse por Contrato de Garantía Recíproca, Certificado de Fianza y por las denominadas Contragarantías.

Por razones pedagógicas, dichos conceptos serán recogidos más adelante en el punto D.6, cuando tratemos la “Conceptualización del Contrato de Garantía recíproca, del Certificado de fianza y de las denominadas contragarantías.”

D.2.- El objeto único o exclusivo de la SAGR.

Una vez aclarados los conceptos más importantes para el funcionamiento del sistema de garantías, corresponde enfocarnos en un segundo elemento dinámico o funcional, correspondiente a lo que el artículo 3º de la LSGR, denomina como **objeto único o exclusivo** de la SAGR³².

En efecto, el artículo 3º letra a), señala que la primera de las mal denominadas reglas específicas por las cuales se rige la SGR, consiste en que: “Su objeto será exclusivo, y consistirá en el **otorgamiento de garantías personales a los acreedores de sus beneficiarios, con la finalidad de caucionar obligaciones que ellos contraigan, relacionadas con sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales.**”

Y agrega el inciso segundo de la letra a): “Asimismo, podrán **prestar asesoramiento técnico, económico, legal y financiero a los beneficiarios y administrar**

³² En opinión del Prof. Bercovitz y refiriéndose a las sociedades de garantía mutua francesa, en tanto inspiradoras de tanto el sistema de garantías español como el de otras legislaciones iberoamericanas, incluida por cierto la argentina base del sistema chileno: “..un primer dato básico para caracterizar a estas sociedades: su objeto exclusivo es el de prestar garantía a favor de sus miembros. En definitiva, pues, es evidente el carácter mutualista de la institución”. V., BERCOVITZ, A., “SOCIEDADES DE GARANTÍA MUTUA”, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, julio-septiembre, 1975, página 273.

los fondos a que se hace referencia en el artículo 33 y las contragarantías que se hayan rendido a su favor de conformidad con los pactos que se celebren entre las partes”.

A partir de lo expuesto, cabe concluir que en estricto rigor legal, tres distintas tareas son las autorizadas para el desarrollo válido del giro social de la SAGR, a saber;

- a. En primer término, vemos cómo se autoriza a la SAGR para que desarrolle su giro social válido por antonomasia, a saber, el otorgamiento de garantías personales en favor de sus beneficiarios. Ahora bien, no se puede dejar de mencionar que si seguimos al pie de la letra los términos utilizados por el legislador chileno, la garantía personal, se estaría otorgando por la SAGR a favor de los acreedores de los beneficiarios y no a ellos mismos, lo cual sería un contrasentido. Dicha confusa redacción resulta más lógica, al entenderla en armonía con la segunda parte del artículo, cuando señala que su otorgamiento se efectuará con la finalidad de caucionar obligaciones que los beneficiarios contraigan, y que se relacionen con sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales.
- b. Un segundo objeto exclusivo de la SAGR, consiste en la posibilidad que tiene dicho tipo social de poder prestar asesoramiento técnico, económico, legal y financiero a sus beneficiarios. Señalamos que es una posibilidad³³, ya que a diferencia del otorgamiento de garantías, en el caso de esta segunda labor de asesoría, la LSGR, utiliza el término podrá, lo cual en nuestro parecer, responde a una facultad más que a una obligación. A mayor abundamiento, estimamos que de ser así, la

³³ En el mismo sentido, y tratándose del sistema de garantías español, V., Rodrigo Uría, Aurelio Menendez y Mercedes Vérguez en “SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA Y SOCIEDADES LABORALES”, en “Curso de Derecho Mercantil I, segunda edición, Editorial Thomson, Civitas, Aranzadi, 2006, pág. 1451, al señalar que : “ ...A todo ello conviene añadir también, en relación con el tema relativo al contenido del derecho del socio a obtener el aval correspondiente de la sociedad en las condiciones previstas en los estatutos, que la Ley establece **un derecho**, calificado como <<adicional>>, a solicitar las garantías y el asesoramiento de la sociedad, **y no un derecho esencial a recibirlas** (art 22)”.

asesoría descrita podría presentar para los respectivos beneficiarios la calidad de un verdadero servicio al cual podrán o no optar según las circunstancias del caso.

- c. En tercer y último término, encontramos una labor de administración de tanto los fondos a que se hace referencia en el artículo 33 como de las contragarantías que se hayan rendido a su favor de conformidad con los pactos que se celebren entre las partes. Al respecto, creemos que si bien es cierto que al igual que en el caso de la tarea anterior, la LSGR, utiliza el término podrá, en este caso más que una facultad de la SAGR, se constituye para ella en una obligación el tener que administrar los fondos del artículo 33 y las contragarantías que se le hayan rendido a su favor. Así lo pensamos, ya que a diferencia de la labor de asesoría, la administración de los fondos y contragarantías, se constituye en uno de los pilares para el correcto funcionamiento del sistema de garantías recíprocas chileno. En efecto, la administración de tanto de los FG del artículo 33 como de las contragarantías, permiten que la SAGR pueda contar con los recursos necesarios para su funcionamiento. Es más, estimamos que dicha administración debe ser llevada a cabo de la mejor y más diligente de las formas, para evitar eventuales problemas de solvencia para la SAGR.
- d. Finalmente, estimamos que por pactos a los cuales quedarán sujetas las contragarantías que se rindan en favor de la SAGR, debemos entender e interpretar razonablemente, ya sea al propio contrato de garantía que se celebre al efecto, o bien, y en su caso, a una modificación posterior del mismo.

Por otra parte, no se puede dejar de reconocer, que aún cuando la letra a) señale que el objeto o giro social de la SAGR, consista “exclusivamente” en las tres tareas antes descritas, dicha exclusividad o taxatividad del objeto es más bien relativa.

Así lo estimamos, ya que el objeto exclusivo de la letra a), debe ser necesariamente entendido en armonía con lo que disponen los incisos tercero y cuarto de la letra d) del artículo 3° y el artículo 4° de la LSGR, los cuales complementan lo dispuesto en su letra a), en tanto disponen tanto los tipos de obligaciones, actos y contratos que ella podrá afianzar a favor de sus beneficiarios, como asimismo, la calidad en la cual los accionistas podrán encontrarse válidamente para optar a dicho beneficio.

A mayor abundamiento, cabe precisar que dicho complemento no debe ser entendido en el sentido que tanto los incisos tercero y cuarto de la letra d) del artículo 3° como el artículo 4° de la LSGR, establezcan nuevos objetos de la SAGR, sino en cuanto adicionan elementos necesarios para comprender la labor de afianzamiento que por antonomasia efectúan las SAGR. Así lo estimamos, en tanto determinan qué es lo que se puede, y qué es lo que está prohibido legalmente como objeto de afianzamiento.

En efecto, por un lado en lo que constituye **la regla general en materia de obligaciones susceptibles de ser afianzadas**, encontramos lo dispuesto por el inciso tercero de la letra d) al señalar que: “Las instituciones podrán garantizar obligaciones de dar, hacer o no hacer en las cuales el beneficiario sea deudor principal y cuyo origen debe encontrarse dentro del giro de las actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales de éste.”

A partir de lo expuesto, se desprende que la regla general en materia de obligaciones susceptibles de ser afianzadas por parte de la SAGR, es la siguiente a saber;

1. Se podrán afianzar todo tipo de obligaciones, sean éstas de dar- una cantidad de dinero, y de hacer o no hacer una obra u objeto.
2. Para que un accionista beneficiario pueda optar a ser afianzado por parte de la SAGR, deberá encontrarse en la calidad de deudor principal de la respectiva obligación.

3. Coincidiendo con lo dispuesto con la letra a) del artículo 3º, el origen de la obligación respecto a la cual el accionista beneficiario podrá optar a ser afianzado deberá tener necesariamente como origen el giro de sus respectivas actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales.
4. De otro lado, cabe recordar que en materia de Certificado de Fianza, de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero artículo 12 º de la LSGR, :
“Podrán afianzarse obligaciones futuras, siempre que éstas se encuentren determinadas singularmente en el certificado respectivo.”
5. En virtud de lo expuesto, y atendido que nada señala expresamente la LSGR al respecto, entendemos que de seguir el aforismo jurídico “de quien puede lo más puede lo menos,” no vemos inconveniente para que la respectiva obligación que opte al afianzamiento, se encuentre sujeta a un plazo, condición o modo.

Por otro lado, artículo 3 º letra d) inciso cuarto, es el encargado de regular **la excepción en materia de obligaciones susceptibles de ser afianzadas**, al disponer que: “Con todo, las instituciones podrán garantizar los actos o contratos mediante los cuales el beneficiario transfiera créditos que posea contra terceros, adquiridos en el ejercicio de sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales y de los cuales deriven obligaciones subsidiarias o solidarias, aún cuando el beneficiario no sea deudor principal.

Al respecto, entendemos que la norma precedente nos otorga la excepción en materia de obligaciones susceptibles de ser afianzadas, en virtud de los siguientes argumentos;

- a. La LSGR utiliza el término “con todo”, el cual a nuestro parecer, debe ser entendido como un “no obstante” o bien, “a pesar de” la regla general antes descrita.
- b. Por otra parte, es una excepción ya que la regla general en materia de afianzamiento en un sistema de garantías, es que se refiera a obligaciones y no a actos o contratos.
- c. Es más, la LSGR agrega que los actos o contratos, podrán ser susceptibles de ser afianzados, aún cuando el beneficiario no sea deudor principal, dando a entender nuevamente, que dicha calidad es la regla general.

Ahora bien, cabe señalar que independientemente del hecho que la norma otorgue o no la excepción en materia de obligaciones susceptibles de ser afianzadas por parte de la SAGR, para que proceda el afianzamiento en virtud de lo dispuesto en el inciso cuarto de la letra d) del artículo 3 °, deberán cumplirse los siguientes supuestos, a saber;

- a) Deberá tratarse de actos o contratos mediante los cuales el accionista beneficiario transfiera créditos que posea contra terceros.
- b) Al respecto, entendemos que dicha exigencia, rompe la necesaria posición pasiva que en principio debe presentar todo beneficiario deudor, afín de optar a un afianzamiento de sus obligaciones.
- c) Es más, estimamos que dicha circunstancia podría dar pie a una eventual desnaturalización del sistema de garantías chileno. Ello, al considerar que en las otras legislaciones iberoamericanas en materia de garantía recíproca- similares a la chilena- la necesidad que le asiste a la Mipyme para ser afianzada en el cumplimiento de sus obligaciones frente a un tercero acreedor, es en resumidas cuentas, lo que justifica que un tercero

independiente- tal como lo es la SAGR- garantice el cumplimiento de sus obligaciones, previamente contraídas.

- d) No obstante lo anterior, preferimos pensar que tal osadía por parte de la LSGR, se fundamentó en la búsqueda de novedosas formas para obtener financiamiento para las Mipymes beneficiarias del sistema.
- e) A partir de lo expuesto, se abre a nuestro entender, la posibilidad cierta que la LSGR, se esté refiriendo en definitiva al denominado Contrato de Factoring, en tanto acto o contrato válido para que los beneficiarios transfieran créditos que posean contra terceros- entendemos en calidad de acreedores-, y de los cuales, se deriven obligaciones subsidiarias o solidarias en su favor, adquiridas en el ejercicio de sus respectivas actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales.
- f) Finalmente, cabe precisar que si bien es cierto que la calidad de subsidiaria o solidaria de la obligación sujeta al afianzamiento, en este caso, contradice la regla general ya vista, esperamos que este novedoso objeto de afianzamiento para la SAGR, encuentre en la práctica, un exitoso resultado, que siendo acorde con todo sistema de garantías, se convierta de paso, en otra forma de salvaguardar la solvencia de la SAGR

El artículo 4º de la LSGR en cambio, se encarga de regular una importante prohibición para su objeto de afianzamiento al señalar que: “Está **prohibida la concesión de créditos directos** por parte de la Institución a sus accionistas o terceros. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”³⁴

³⁴ De otro lado, el inciso segundo del artículo 4º, agrega lo que a nuestro entender es una clara manifestación de una norma de corte corporativista, al señalar que: “**Los directores y ejecutivos** que hayan participado en la decisión de conceder un crédito en contravención a lo dispuesto por el inciso anterior, **serán solidariamente responsables** por los perjuicios que ésta irroque.” Señalamos que es una norma de corte

Señalamos que es una importante prohibición, en tanto el hecho que la SAGR no pueda otorgar o conceder créditos directos a sus accionistas beneficiarios, permite obtener una adecuada delimitación de su objeto social, evitando una posible y futura desnaturalización de todo el sistema de garantías.

En dicho sentido, la prohibición señalada y las fuertes sanciones aparejadas a su eventual incumplimiento, impide que la SAGR se transforme en los hechos en un verdadero prestamista para sus accionistas beneficiarios.

En España por ejemplo, la prohibición de conceder créditos directos a los socios beneficiarios, se sustenta en el mismo fin de delimitación del objeto social, tanto para las SGR como para las Sociedades de Reafianzamiento³⁵.

D.3.- Régimen legal para la inversión de recursos y fondos por parte de la SAGR

Una vez superados tanto los principales aspectos conceptuales de la SAGR, como asimismo los alcances necesarios referidos a su objeto, entendemos necesario efectuar un análisis de los destinos legales a los cuales dicha sociedad anónima especial, puede destinar válidamente sus recursos y fondos.

corporativista, en tanto no sólo se refuerza la intención puesta por la LSGR afín de evitar una desnaturalización de su objeto- producto de la entrega de créditos- sino que asimismo en cuanto entendemos justificado el hecho que la LSGR haya elevado a solidaria la responsabilidad que le cabrá a los directores y ejecutivos de la SAGR, para que de este modo, se puedan ver salvaguardados y protegidos de una manera más eficiente los intereses de sus terceros representados, a saber; los accionistas beneficiarios de la SAGR respectiva.

³⁵ V.gr., Largo Gil, R y Hernández Sainz, E., “Las sociedades de reafianzamiento”, en revista de derecho de sociedades, Editorial Aranzadi, año 1999-2, número 13, Navarra, 2000, Ob cit. En la pág 78, señalan que: “El objeto socia. de las sociedades de reafianzamiento se delimita, positiva y negativamente, en los artículos 11 de la LSGR y 1 del RD 1644/1997. Desde el lado positivo, su actividad principal es el reaval de las operaciones de garantía realizadas por las sociedades de garantía recíproca, pero también podrán desempeñar otras actividades accesorias que sean necesarias para el desarrollo y mejor desempeño de su actividad principal (art. 1 RD 1644/1997). Tales actividades quedarán integradas en el objeto social...” ...agregan : “... Y por vía excluyente, las sociedades de reafianzamiento no podrán otorgar avales ni otras garantías directamente a favor de las empresas. Asimismo, tampoco podrán conceder a éstas ninguna clase de créditos (arts. 11, apartado 2 LSGR y 1.1 párrafo segundo RD 1644/1997).

Para tal objeto, cabe señalar en primer término, que dicha materia se encuentra regulada, a nuestro entender, a partir de lo dispuesto en el artículo 6 ° del Título II de la LSGR, denominado **“De la Inversión de los Recursos y de los Fondos”**, en concordancia con lo que al efecto dispuso el legislador en materia de Fondos de Garantías, en los tres últimos incisos de su artículo 33.

Distinción entre recursos y fondos de la SAGR

A partir de la distinción que efectúa el título II de la LSGR entre inversión de recursos y fondos, como cosas distintas, lo primero que cabe resaltar, es que aún cuando la LSGR le haya otorgado también la denominación “de fondo” a la reserva patrimonial del artículo 7, al estudiar toda la normativa aplicable a la especie, no se puede dejar de reconocer la real diferencia que a nuestro entender, existe entre los recursos y fondos- de garantía- de la SAGR.

En efecto, y en estricto rigor, mientras los recursos se constituyen en el patrimonio interno y propio de la SAGR, los fondos por su parte, son externos a ella y no formarían parte de su patrimonio.

A partir de lo anterior, es que entendamos que los recursos o patrimonio interno de la SAGR, estará conformado por el capital social- inicial o incrementado- el Fondo de Reserva Patrimonial y las utilidades que en el desarrollo de su giro social obtenga la SAGR³⁶.

Por Fondos en cambio, entenderemos al Fondo de Garantía del artículo 33 y al FOGAPE del artículo 34. Al respecto, cabe recordar, que ambos fondos, siendo los encargados del REAFIANZAMIENTO del sistema de garantías, son externos a la SAGR y no forma en consecuencia parte de su patrimonio.

³⁶ Entendemos que un claro ejemplo de ello, significarán las utilidades que se generen para la SAGR, producto del servicio de asesoría que preste a sus accionistas beneficiarios, en tanto una de las tres actividades válidas que podrá efectuar de conformidad a su objeto social exclusivo.

Regla general para la inversión legal de recursos por parte de la SAGR

Ahora bien, una vez aclarada la distinción existente entre recursos y fondos de la SAGR, corresponde abocarnos al estudio específico de la regla general aplicable en materia de régimen legal para la inversión de sus recursos, dispuesta en el inciso primero del artículo 6 ° LSGR, al señalar que: “Los recursos de la Institución de Garantía Recíproca, deberán ser invertidos **en los instrumentos y otros bienes expresamente autorizados por su respectivo estatuto**. Sin perjuicio de esto, la entidad tendrá la facultad de adquirir todos los bienes y servicios necesarios para iniciar sus operaciones y mantenerse en funcionamiento.”

Al respecto, lo primero que cabe considerar es que dos son los grandes destinos a los cuales la SAGR podrá destinar legalmente sus recursos, o si quiere decir en otras palabras, su patrimonio interno, a saber, por una parte, los denominados instrumentos, y por otra, los otros bienes expresamente autorizados por su respectivo estatuto.

Con respecto a los denominados instrumentos, entendemos que aún cuando la LSGR no lo diga expresamente, ellos estarán referidos a los instrumentos financieros del inciso segundo del artículo 6, que a continuación analizaremos.

De otro lado, con respecto a los “otros bienes expresamente autorizados por su respectivo estatuto”, entendemos que aún cuando la LSGR otorgue una facultad amplia a los estatutos de la SAGR para su determinación, dichos otros bienes, quedarán circunscritos a todos aquellos bienes- tanto muebles como inmuebles- que no siendo instrumentos financieros, resulten necesarios para iniciar las operaciones y mantener el funcionamiento de la SAGR.³⁷

³⁷ Ello a partir de una interpretación a contrario sensu de la parte final del inciso primero del artículo 6 ° LSGR, cuando señala que “Sin perjuicio de esto, la entidad tendrá la facultad de adquirir todos los bienes y servicios necesarios para iniciar sus operaciones y mantenerse en funcionamiento.”

Regla específica para la inversión legal del fondo de reserva patrimonial.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 6º, establece una regla legal de inversión³⁸ supletoria y de connotación específica para el mal denominado fondo de reserva patrimonial del artículo 7º, al señalar que: **“Salvo disposición en contrario del estatuto, al menos el 50% de la reserva patrimonial, sólo podrá ser invertido en los instrumentos financieros señalados en los números 1), 2), 3) y 4) del artículo 5º de la ley N° 18.815.”**

Ahora bien, con respecto a los instrumentos financieros, lo primero que cabe recordar es que la ley Núm. 18.815,³⁹ es la encargada de regular en Chile los denominados Fondos de Inversión.

De otra parte, cabe señalar que el artículo 5º de la ley 18.815, siendo parte de su título II denominado “De las inversiones”, señala que: “La inversión de los fondos, sin perjuicio de las cantidades que mantengan en caja y bancos, deberá efectuarse en:

- 1) Títulos emitidos por la Tesorería General de la República, por el Banco Central de Chile, o que cuenten con garantía estatal por el 100% de su valor hasta su total extinción;
- 2) Depósitos a plazo y otros títulos representativos de captaciones de instituciones financieras o garantizados por éstas;
- 3) Letras de crédito emitidas por Bancos e Instituciones Financieras;
- 4) Bonos, títulos de deuda de corto plazo y títulos de deuda de securitización cuya emisión haya sido inscrita en el Registro de Valores de la Superintendencia respectiva.”

³⁸ Existe a nuestro entender, una segunda regla de inversión específica para el fondo de reserva patrimonial en caso de disolución de la SAGR. Dicha regla se encontraría establecida a partir de lo dispuesto en el inciso final del artículo 7, al señalar que: “En caso de disolución de la entidad, el fondo de reserva patrimonial o su saldo, si existiere, después de pagadas las deudas sociales, **será distribuido entre los accionistas o socios en la forma que establece la ley.**”

³⁹ Esta Ley se publicó en el Diario Oficial de la República de Chile, el día 29 de julio de 1989.

Régimen legal de inversión de los fondos de garantía.

La regulación del régimen legal de inversión para los denominados fondos de garantía, nace a partir de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 6 ° de la LSGR, al disponer que: **“A menos que sus aportantes acuerden unánimemente una regla distinta,** la inversión de los fondos de garantía contemplados en el artículo 33 de la presente ley, que la entidad administre, seguirá la regla precedente”, es decir que sólo podrá ser invertido en los instrumentos financieros señalados en los números 1), 2), 3) y 4) del artículo 5° de la ley N° 18.815.”.

A partir de las normas expuestas, entendemos que para la operatividad de tanto la SAGR, como asimismo del propio sistema de garantías chileno, se derivan los siguientes efectos jurídicos, a saber;

- a. Tanto en materia de regla general de inversión de los recursos de las SAGR, como de regla específica de inversión del fondo de reserva patrimonial, y de régimen legal de inversión de los fondos de garantías, los estatutos de la SAGR son los que disponen del mayor poder y facultad en dichas materias. Así lo entendemos, a partir de los propios términos utilizados respectivamente por la LSGR. En efecto, mientras en el caso de la regla general señala “Los recursos de la Institución de Garantía Recíproca, **deberán ser invertidos en los instrumentos y otros bienes expresamente autorizados por su respectivo estatuto**”, tratándose de la regla legal de inversión específica para el FRP señala que: **“Salvo disposición en contrario del estatuto.”** Finalmente, en el caso de la regulación del régimen legal de inversión para los denominados Fondos de Garantía, dispone que: **“A menos que sus aportantes acuerden unánimemente una regla distinta”**, lo cual a nuestro entender, no cabría otra alternativa que hacerla efectivo a través de un acuerdo unánime plasmado en los estatutos de la SAGR.

- b. De otra parte, al considerar no sólo la regla general en materia de inversión de recursos por parte de la SAGR, sino que también las reglas específicas existentes en materia de inversión de fondos garantías, resulta evidente apreciar que los destinos patrimoniales y financieros de la SAGR, están sujetos por ley, a la rentabilidad que en la Bolsa de Valores, puedan o no presentar los instrumentos financieros señalados en los números 1), 2), 3) y 4) del artículo 5° de la ley N° 18.815.
- c. Por otro lado, no se puede dejar de reconocer que un sistema de garantías de esta naturaleza, puede llegar vulnerar de sobremanera los intereses económicos de los accionistas beneficiarios. Estimamos que dicha vulneración se derivaría principalmente a partir de lo dispuesto en el artículo 1° de la referida ley 18.815. En efecto, dicho artículo define lo que debe entenderse por un fondo de inversión, señalando que es: “Un patrimonio integrado por aportes de personas naturales y jurídicas para su inversión en los valores y bienes que esta ley permita, **que administra una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los aportantes.**”
- d. De ahí que entendamos que una eventual vulneración de los intereses económicos de los accionistas beneficiarios, se podría derivar a partir de que los Fondos de Inversión, se constituyen en un patrimonio separado conformado en definitiva, tanto por los recursos de la SAGR como por los Fondos de Garantía, y cuya respectiva administración se efectuará por parte de una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los aportantes.
- e. A mayor abundamiento, la parte final del inciso segundo del artículo 33, refuerza nuestra postura, al disponer que: “Estos fondos- refiriéndose a los Fondos de Garantía- constituirán patrimonios independientes del de la Institución respectiva y las operaciones de cada cual serán efectuadas por la Institución a nombre y por cuenta y riesgo de aquéllos, los que serán los titulares de los bienes e inversiones a ellos aportados.”

- f. En dicho sentido, si la SAGR es la persona jurídica aportante del fondo de inversión, y ésta a su vez se constituye por el aporte de sus accionistas o en otras palabras- por las Mipyme chilenas beneficiarias del sistema de garantías, al considerar que la sociedad anónima administradora realiza su labor por cuenta y riesgo de la SAGR, y no por cuenta y riesgo de las Mipymes aportantes, vulnerable al menos, resulta ser la protección que la LSGR les otorga con relación a la protección de sus intereses económicos.

- g. Dicho hecho, resulta trascendente no sólo por que refuerza la casi nula mutualidad existente en la LSGR, sino que asimismo en tanto creemos que de realizarse efectivamente una actuación de dicha naturaleza, ello no resultaría coherente con un sistema de garantías recíprocas, independientemente de cuál sea su denominación u origen. Así lo estimamos, al considerar que el fundamento último de todo sistema de garantías recíprocas, es el de servir de herramienta útil y eficaz para el fomento y aglutinación de la micro, pequeña y mediana empresa.

- h. Finalmente, estimamos necesario señalar que sin tener el ánimo de adelantar futuras conclusiones de la presente investigación, el hecho que el sistema de garantías chileno, se estructure en base a Fondos de inversión, se constituye junto a la estructura y características particulares de tanto el contrato de garantía recíproca, como del certificado de fianza y de las cartas de garantía, en las dos principales y más novedosas diferencias de este sistema de garantía, en comparación a otros sistemas iberoamericanos de garantía de similar naturaleza.

Naturaleza jurídica de los fondos de garantía (FG).

La naturaleza jurídica de los fondos de garantía, se encuentra regulada a partir de lo dispuesto en el artículo 33 inciso tercero, cuando señala que: “Estos fondos se regirán, en cuanto fuere aplicable, conforme a las normas del Título V de la presente ley y del Título VII de la ley N° 18.815, con excepción del inciso cuarto del artículo 41, y de los artículos 42 y 43⁴⁰, sin perjuicio del reglamento que se dicte, para la aplicación de la presente ley.”

A partir de lo expuesto, podemos concluir que los Fondos de Garantía se encuentran sometidos a una doble regulación, a saber, por un lado, la contenida en el ya estudiado Título V de la LSGR, denominado “De la Regulación de las Instituciones de Garantía Recíproca”, y por otro, en lo dispuesto en el título VII de la ley 18.815 denominado “De los fondos de inversión privados”, el no sujeto a excepción, es decir a lo normado en los artículos 40 y 41 de la ley 18.815.

Es más, estimamos que sólo el título VII de la ley 18.815, y no el título V de la LSGR, nos orienta con respecto a la naturaleza jurídica de los Fondos de Garantía. Así lo estimamos, en tanto creemos que la labor del título V de la LSGR queda circunscrito al rol y facultades sancionadoras que la SBIF pueda tener esta materia, a partir de lo ya analizado.⁴¹

⁴⁰ En concreto, tres son las grandes excepciones de la ley 18.815 a las cuales se hace referencia en la LSGR. **La primera de ellas**, se encuentra regulada de conformidad al inciso cuarto del artículo 41 °, y estará referida al hecho de que “Los fondos de inversión privados quedarán sujetos a todas las normas de los Títulos anteriores, así como su administradora, cuando el número de aportantes sea igual o superior a los que señala el inciso final del artículo 1° de esta ley, debiendo comunicarse a la Superintendencia al día siguiente hábil de ocurrido el hecho. Para adecuar sus reglamentos internos, deberán hacerlo dentro del mes siguiente a esa circunstancia.” **En segundo término**, se agrega la excepción del artículo 42 °, en el supuesto de que: “Cuando los fondos a que se refiere este Título sean administrados por sociedades que no sean las del artículo 3°, éstas se constituirán conforme a las normas de las sociedades anónimas cerradas. En cualquier tipo de publicidad o información que emitan las administradoras indicadas en este artículo, no podrán utilizar la expresión “administradora de fondos de inversión” y además, deberán señalar que se trata de administración de fondos no regulados y no fiscalizados. **Finalmente**, encontramos que tampoco regirá para la SAGR, la obligación dispuesta en el artículo 43 de la ley 18.815, consiste en que: “La administradora que se constituya conforme al artículo anterior, deberá presentar al Servicio de Impuestos Internos, en la fecha y plazo que éste determine, la siguiente información: a) Identificación completa de los partícipes del fondo; b) Monto de los aportes, y c) Fecha y monto de las distribuciones de beneficios.

⁴¹ Punto C.4.-Normas orgánicas externas de control. El rol y facultades sancionadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras- SBIF- en el sistema de garantías recíprocas chileno.

En concreto, es el artículo número 40 de la ley 18.815, la norma encargada de aclarar que los Fondos de Garantía deberán ser considerados jurídicamente como Fondos de Inversión Privado.

En efecto, el artículo 40 de la ley 18.815 define lo que debe entenderse por Fondo de Inversión Privada, al disponer que: “Se entenderá para los efectos de esta ley, que son fondos de inversión privados **aquellos que se forman por aportes de personas o entidades**, administrados por las sociedades a que se refieren los artículos 3º ó 42 de esta ley, **por cuenta y riesgo de sus aportantes y que no hacen oferta pública de sus valores**. Estos fondos se registrarán exclusivamente por las cláusulas de sus reglamentos internos y por las normas de este Título.”

Del concepto descrito, estimamos que junto al aporte que efectuará la SAGR para su formación, y la administración que por su cuenta y riesgo efectuará el fondo de garantía, en tanto Fondo de Inversión privada, cabe destacar con especial detalle, el hecho que los fondos de garantía no podrán hacer oferta pública de sus valores.

Al respecto, estimamos que ello es un acierto para el sistema de garantías recíproco chileno.

Así lo estimamos, en tanto creemos que a partir de dicha limitación, se cierra la puerta para que en el futuro, el sistema de garantías recíprocas chileno sufra una total capitalización.

En dicho sentido, entendemos que este particular régimen de los Fondos de Garantía, podría dar pie para ser considerado como índice o germen indirecto de la casi nula mutualidad con que cuenta el sistema.

A mayor abundamiento, cabe recordar que un régimen de no transacción bursátil de los derechos sociales en las sociedades de garantía recíproca de otras legislaciones iberoamericanas, es una clara manifestación de ello.⁴²

Es más, estimamos justo reconocer que la precedente postura podría verse reforzada a partir de los términos utilizados por el artículo 41 de la ley 18.815, cuando señala que: “.....las cuotas de estos fondos, su enajenación y el reparto de beneficios **no se asimilarán a acciones de sociedades anónimas abiertas ni a dividendos distribuidos por las mismas.**”

Finalmente, cabe referirnos a lo que en nuestra opinión es un claro desacierto legislativo, contenido en el artículo 33 inciso cuarto de la LSGR.

En efecto, creemos que el legislador de la ley 20.179 no fue feliz, ya que una vez superado y aclarado que la verdadera naturaleza jurídica de los Fondos de Garantía es el ser un Fondo de Inversión Privada, señala que: “...Para todos los efectos legales, los fondos de garantía contra cuyos recursos la Institución hubiere otorgado reafianzamientos, cofianzas o subfianzas por cuenta de estos fondos, **seguirán el régimen jurídico que la presente ley ha establecido para las contragarantías que rindan los beneficiarios**”.

A mayor abundamiento, estimamos que el desacierto contenido en esta norma, se refiere no sólo con respecto al régimen jurídico de los Fondos de Garantías, sino que también alcanza al hecho, de que la LSGR señale como similares a materias, que por su función y definición conceptual son distintas.

⁴² V.gr., artículo 11 del Decreto Legislativo Núm. 553 de la República de El Salvador., señala que: “El capital social se integrará por las aportaciones de los socios y será variable entre un monto mínimo fijo, determinado en los estatutos de cada sociedad, y hasta el triple de ese monto. Estará dividido en **participaciones sociales** de igual valor nominal, acumulables e indivisibles, **que no serán negociables y no podrán denominarse acciones.....**”Ob.,cit. En el mismo sentido, V., artículo 7 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca Española, cuando señala que: “Artículo 7. Variabilidad del capital y participaciones sociales. 1. El capital social, que se integrará por las aportaciones de los socios, será variable entre una cifra mínima fijada en los estatutos y el triple de dicha cantidad, y estará dividido en **participaciones sociales de igual valor nominal, acumulables e indivisibles, que no tendrán la consideración de valores negociables ni podrán denominarse acciones.** Ley Núm. 1/1994, de 11 de marzo, “SOBRE REGIMEN JURIDICO DE LAS SOCIEDADES DE GARANTIA RECIPROCA”, (BOE n. 61 de 12/3/1994), España. Ob.,cit.

De hecho, cabe recordar que mientras los Fondos de Garantía y el FOGAPE del artículo 34, tienen por función primordial el ser fuente de REAFIANZAMIENTO del sistema de garantías, las Contragarantías por su parte son las cauciones que sus accionistas beneficiarios deberán otorgar a la SAGR para optar al afianzamiento de sus obligaciones.

A partir de lo expuesto, es que difícil resulta entender que los Fondos de Garantías tengan que seguir **“el régimen jurídico que la presente ley ha establecido para las contragarantías que rindan los beneficiarios.”**

D.4.- Medidas legales de resguardo solvente y régimen de participación social de la SAGR.

Corresponde ahora abocarnos al estudio de lo que hemos denominado como **“medidas legales de resguardo solvente y régimen de participación social de la SAGR.”**

Al respecto, lo primero que cabe señalar, es que a través de ellas queremos hacer referencia a dos materias diferentes, pero íntimamente relacionadas a nuestro entender.

En efecto, tanto las medidas legales dispuestas por la LSGR para resguardar la solvencia de la SAGR, como asimismo el régimen de participación social por parte de sus respectivos accionistas beneficiarios, se reducen en último término, al adecuado balance que en el sistema de garantías chileno, debe existir entre por una parte, entre el legítimo derecho que posee todo accionista beneficiario para la obtención de utilidades derivadas de un provechoso desarrollo del giro social por parte de la SAGR, y por otro, la necesaria solvencia que en todo momento debe presentar la SAGR, afín de hacer frente a las obligaciones derivadas de su labor de afianzamiento⁴³.

⁴³ En dicho sentido, las limitaciones que la LSGR impone al legítimo derecho a obtener utilidades que tiene todo accionista beneficiario, se fundamentan en última instancia, en una vía de resguardo legal para la solvencia de la SAGR.

Ahora bien, no se puede dejar de reconocer que la obtención de utilidades por parte de los accionistas, es una y no la única manifestación del régimen de participación social por parte de los accionistas beneficiarios de una SAGR.

De ahí que, si se analiza con mayor detalle el régimen de participación social considerado en su conjunto, él involucrará la participación colectiva que a la junta de accionistas le corresponda válidamente ejercer, en tanto órgano político y deliberante de la SAGR.

Una vez hecha la aclaración precedente, corresponde señalar que para el análisis particular de esta materia, hemos estimado necesario sub-dividir su estudio de la siguiente forma, a saber;

1. Medidas legales de resguardo solvente de la SAGR
2. Régimen de participación social
3. Otros derechos sociales en la SAGR.

Medidas legales de resguardo solvente de la SAGR

Lo primero que cabe recordar con respecto a medidas legales de resguardo solvente, es que ellas se constituyen en uno de los dos tipos de medidas que la LSGR considera para salvaguardar la solvencia de la SAGR.

En efecto, el otro tipo de medidas tienen su origen estatutario, y se constituyen en las ya analizadas medidas estatutarias de resguardo solvente.

Al respecto, cabe precisar que entre ellas reconocemos al menos, dos claras diferencias.

La primera, es por su diverso origen, a saber; estatutos-en el caso de las estatutarias-y LSGR -en el caso de las legales.

La segunda diferencia en cambio, la encontramos en su extensión y ámbito de aplicación.

Al respecto, creemos que las medidas estatutarias al estar en definitiva sujetas al principio de la autonomía de voluntad de los accionistas beneficiarios, permiten que su número y tipo, sea mayor que el de sus pares legales.

De ahí que tratándose de las medidas legales de resguardo solvente, éstas sólo podrán ser tomadas por parte de la SAGR, afín de dar cumplimiento al mandato dispuesto para ellas por parte del artículo 7 ° inciso segundo de la LSGR, al disponer que: “.....La entidad **sólo podrá repartir dividendos** si la reserva patrimonial que mantiene es igual o superior al veinte por ciento del capital pagado.”

A mayor abundamiento, estimamos que una adecuada interpretación de esta limitación establecida en materia de reserva patrimonial- afín de que la SAGR pueda repartir dividendos- consiste en entender que el mínimo exigido para la reserva patrimonial de un valor igual o superior al veinte por ciento del capital pagado, deberá necesariamente complementado con el pago íntegro del capital mínimo exigido en el inciso primero del artículo 7°.

En dicho sentido, y aún cuando la ley no lo diga expresamente, entendemos que para salvaguardar adecuadamente la solvencia de la SAGR, la referencia del inciso primero del artículo 7°, en el sentido que el valor mínimo de la reserva o fondo patrimonial debe equivaler a lo menos, a un veinte por ciento del capital social, debe ser complementado con la exigencia que dicho veinte por ciento del capital social, deberá encontrarse íntegramente pagado a la hora de aplicar la ya analizadas medidas legales de resguardo solvente, derivadas del inciso segundo del artículo 7°⁴⁴.

⁴⁴ Es más, creemos que una interpretación distinta, nos podría llevar al absurdo de entender que al no existir un porcentaje de solvencia mínimo para el pago del veinte por ciento de capital social, la referencia al veinte por ciento del capital pagado no tendría mínimo de capital efectivamente pagado, lo cual sin lugar a dudas, se contradeciría con la solvencia perseguida por la LSGR.

Régimen de participación social.

En segundo lugar, corresponde abocarnos al estudio particular de lo que hemos denominado como régimen de participación social de la SAGR.

A través de dicho régimen, pretendemos dar cuenta de la participación que la LSGR ha considerado para los accionistas beneficiarios, ya sea de manera individual, o bien, como órgano colectivo a través de la junta de accionistas de la SAGR.

Desde ya, cabe precisar que la regulación que la LSGR ha efectuado en esta materia es bastante limitada.

En efecto, a nuestro entender el régimen de participación social de la SAGR, se deriva de los escasos tres artículos que conforman el título III de la LSGR, denominado “De las Obligaciones y Derechos de los Accionistas”, y la referencia somera que respecto a la junta de accionistas de la SAGR, efectúan tanto el artículo 3º letra d) como asimismo el inciso segundo del artículo 16 de la LSGR.

En dicho sentido, estimamos que una materia tan importante como el régimen de participación social, debió haber sido tratada de manera más detallada por parte de la LSGR.

No obstante lo anterior, estimamos que siguiendo la orientación asumida por la LSGR, dicha falta de regulación admitiría dos vías o caminos distintos para ser superada, a saber, una estatutaria, para el ejercicio del derecho a la obtención de utilidades o dividendos por parte del accionista beneficiario, y una doctrinaria, para el resto de los derechos sociales.⁴⁵

⁴⁵ Dichos derechos sociales estarán referidos a todos aquellos derechos distintos al ejercicio del derecho a obtener utilidades por parte del accionista beneficiario, y los cuales analizaremos a continuación, cuando tratemos en el punto siguiente a los denominados “Otros derechos sociales.” Vid. Infra.

En efecto, la primera de ellas, consistiría en una auto- regulación exhaustiva en lo que dice relación con el ejercicio del derecho a obtener utilidades o dividendos, por parte de los accionistas beneficiarios.

Por otro lado, entendemos que para los otros derechos sociales, una segunda vía propuesta para superar la falta de regulación en materia de régimen de participación social, consistiría en hacer extensivo a la realidad chilena, las normas y principios que al efecto han aplicado otras realidades iberoamericanas, destacando por su desarrollo, el caso español.

Junta de accionistas

La primera consagración normativa del régimen colectivo de participación social en la LSGR, nace a partir de la referencia somera que con respecto a la junta de accionistas de la SAGR, efectúa el artículo 3º letra d) inciso primero, al señalar que: “Estas instituciones- refiriéndose a las Instituciones de Garantía Recíproca- **no requerirán el acuerdo de la junta de accionistas** para garantizar obligaciones de terceros, cuando la garantía sea otorgada en cumplimiento del objeto social”.

A partir de lo expuesto, cabe efectuar las siguientes apreciaciones:

1. Escasa es la regulación que la LSGR, otorga en materia de régimen de participación social y junta de accionistas. De hecho, en tan sólo dos de sus artículos se hace mención a ella.⁴⁶
2. De otra parte, cabe precisar que si bien es cierto que la no exigencia de acuerdo por parte de junta de accionistas, es una derivación natural del

⁴⁶ En efecto, junto a la mención de la letra d) inciso primero del artículo 3º, cabe agregar otra establecida en el inciso segundo del artículo 16 de la LSGR, y en virtud de la cual, tratándose de la contragarantía especial de prenda sobre acciones, “La entidad- refiriéndose a la SGR- podrá adquirir acciones o cuotas de capital de su propia emisión, **sin necesidad de un acuerdo de la junta de accionistas o socios**, en el caso de ejecución de la garantía que señala el presente artículo o de dación en pago de las acciones o cuotas prendadas, sin perjuicio de las normas generales que rigen la materia.”

cumplimiento del objeto social de afianzamiento por parte de la SAGR, dicha actuación, conlleva asimismo el ejercicio colectivo de un derecho social por parte de los accionistas beneficiarios.

3. Finalmente, no se puede dejar de reconocer que los términos utilizados en este caso por la LSGR, no resultan del todo claros. Así lo entendemos, ya que la falta de acuerdo por parte de la junta de accionistas para el cumplimiento de su objeto social de afianzamiento, más que con respecto a terceros, se refiere a las obligaciones de los propios accionistas beneficiarios. En dicho sentido, estimamos que hubiese resultado más coherente la siguiente redacción propuesta, a saber; “La garantía de afianzamiento otorgada por la SAGR en cumplimiento de su objeto social, no requerirá el acuerdo de su junta de accionistas, para garantizar obligaciones que sus accionistas beneficiarios hubiesen contraídos con terceros.”

Obligaciones y derechos de los accionistas

Tal como adelantáramos, los artículos 9 y 8 del título III de la LSGR denominado de las “Obligaciones y Derechos de los accionistas”, son quienes nos otorgan una segunda consagración normativa del régimen de participación social en el ejercicio ya no colectivo, sino que individual, de los derechos sociales por parte de los accionistas beneficiarios de la SAGR.

Es más, a nuestro entender, dicha consagración normativa da cuenta de dos regímenes distintos.

El primero, se refiere al régimen jurídico que la LSGR- en su artículo 9º- dispuso para la obtención de dividendos por parte de un accionista beneficiario.

El segundo régimen en cambio, da cuenta de una limitación especial que le afecta a la libre disposición del respectivo aporte de capital por parte de los accionistas beneficiarios de una SAGR.

En efecto, por una parte el artículo 9° de la LSGR, nos señala la regla general aplicable en materia del derecho a la obtención de dividendos por parte de un accionista beneficiario al señalar que: **“Para tener derecho a la distribución de dividendos o excedentes, los accionistas o socios beneficiarios de servicios de afianzamiento no podrán encontrarse en mora en el cumplimiento de las obligaciones que la entidad les hubiese caucionado a la fecha en que tal distribución se acuerde.** En este último caso, el monto de los dividendos o excedentes que le hubiere correspondido se aplicará al pago del interés moratorio pactado o, en caso de no estarlo, al máximo convencional sobre el saldo insoluto, y el remanente, si lo hubiere, al pago del capital adeudado.”

Por otro lado, el artículo 8°, nos entrega la regla en materia de aportes de capital, al disponer que: **“El accionista o socio beneficiario no podrá gravar ni enajenar sus aportes de capital a ningún título, excepto a beneficio de la entidad, mientras tenga obligaciones vigentes o con saldo insoluto afianzadas por ésta.**

A partir lo expuesto, entendemos necesario efectuar las siguientes consideraciones, a saber;

- a. En el sistema de garantías chileno, el legítimo derecho que le asiste a todo accionista beneficiario para obtener utilidades, se encuentra condicionado al respectivo cumplimiento de sus obligaciones de afianzamiento para con la SAGR.
- b. Es más, creemos que el fundamento último para validar dicha limitación, se encuentra en la búsqueda del necesario resguardo solvente que la

propia SAGR demanda para el cumplimiento de su objeto social de afianzamiento⁴⁷.

- c. A mayor abundamiento, estimamos que el mismo razonamiento resulta válido para entender la prohibición impuesta por la LSGR para la libre disposición del aporte de capital por parte de los accionistas beneficiarios de una SAGR.
- d. A partir de lo expuesto, cabe concluir que aún cuando las limitaciones y prohibiciones establecidas por la LSGR- tanto para el derecho a la obtención de utilidades, como a la libre disposición de los respectivos aportes de capital por parte de los accionistas- no se condigan con el régimen común aplicable en Chile en materia de sociedades anónimas, a partir del trascendental papel que juega la solvencia de la SAGR para el correcto funcionamiento del sistema de garantías chileno, resultarán justificadas.

Otros derechos sociales en la SAGR.

Finalmente, corresponde abocarnos al estudio de lo que hemos denominado como “los otros derechos sociales”

Dichos derechos, se regulan a partir de lo dispuesto en el artículo 10 de la LSGR, al señalar que: **“Los demás derechos sociales de los accionistas o socios beneficiarios se suspenderán de pleno derecho en caso de mora o simple retardo en el cumplimiento de obligaciones que tuvieren con la entidad o de las afianzadas por ésta.”**

⁴⁷ En dicho sentido, estimamos justo precisar que si bien entendemos la interrelación a la cual los sujeta la LSGR, solvencia y ejercicio del derecho social a la obtención de utilidades por parte de los accionistas beneficiarios, apuntan y se refieren a materias distintas.

A partir lo expuesto, lo primero que cabe precisar, es que la LSGR tratándose del ejercicio individual de los otros derechos sociales-distintos a la obtención de utilidades por parte de los accionistas beneficiarios- estableció también una limitación supeditada al resguardo de solvencia por parte de la SAGR⁴⁸.

Por otra parte, y tal como adelantáramos, corresponde referirnos a cuáles son en concreto los otros derechos sociales a los cuales hace mención el artículo 10, y que se encontrarían por cierto, sujetos a la suspensión de pleno derecho para su ejercicio.

Al respecto, estimamos acertado recoger lo que al efecto ya ha establecido tanto la legislación como doctrina española sobre la materia⁴⁹, complementado por cierto con los “Derechos Esenciales que Atribuye la Participación Social”, dispuestos en el artículo 16 de la Ley del Sistema de Garantías Recíprocas para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa Rural y Urbana de la República de El Salvador.⁵⁰

En dicho sentido, y sin que la lista que a continuación se expresa sea taxativa, estimamos que los siguientes derechos sociales admitirían estar sujetos a la suspensión del artículo 10 °, a saber;

1. Derecho a votar en las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias de accionistas, así como impugnar los acuerdos sociales.

⁴⁸ En efecto, si en el ejercicio del derecho a obtener utilidades por parte de los accionistas beneficiarios la LSGR estableció una condición, tratándose de los otros derechos sociales, la limitación consistirá en una suspensión de pleno derecho, es decir que se constituye por el solo ministerio de la ley, sin que el juez lo declare, o las partes- accionistas- la establezcan.

⁴⁹ V.gr, URÍA, MENENDEZ Y VÉRGEZ, “Sociedades de Garantía Recíproca y Sociedades Laborales”, en “Curso de Derecho Mercantil I, segunda edición, Editorial Thomson, Civitas, Aranzadi, 2006, páginas 1452 y 1453. Ob. cit., Idem., V., GÓMEZ MENDOZA, M., “ALGUNAS CUESTIONES RN MATERIA DE LAS SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA”, en Libro Homenaje al Prof Sánchez Calero, Tomo IV, Madrid, 2002. páginas 4039 y ss. Idem. Charro Valls, J y Sánchez Bernal, M, “SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA”, situación actual, Ediciones Universidad de Salamanca, 1985.

⁵⁰ En efecto, el encabezado de dicho art. 16 señala que : “El titular de una participación social tiene la condición de socio y le corresponden, como mínimo, los siguientes derechos.....”. “Ley del sistemas de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana rural y urbana”. Decreto Legislativo de fecha 20 de septiembre del año 2001, publicado en el Diario Oficial de dicho país con fecha 22 de octubre del año 2001. Ob, cit.

2. Derecho a solicitar el reembolso de la participación social.
3. Derecho a recibir información conforme a lo previsto para las Sociedades Anónimas en su ley respectiva.
4. Derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación.
5. Finalmente, estimamos que también resultarán aplicables a la SAGR todo lo dispuesto en la LSA chilena para la protección de las minorías y sus respectivos derechos sociales.

D.5.- Introducción al dinamismo o funcionalidad del sistema de garantías recíprocas chileno

Al iniciar nuestra investigación, dijimos que el sistema de garantías recíproco chileno junto a una estructura normativa orgánica, cuenta con un sustento normativo dinámico o funcional.

Del mismo modo, adelantamos que dicho sustento normativo funcional, es lo que en definitiva nos permitiría el poder llegar a precisar y entender cómo opera en concreto, tanto la SAGR, como asimismo todo el sistema de garantías considerado en su conjunto.

Ahora bien, una vez aclarados los alcances conceptuales del sistema de garantías, y resueltos los efectos jurídicos derivados para su objeto único exclusivo, régimen legal para la inversión de recursos o fondos, medidas legales para resguardo solvente y régimen de participación social en la SAGR, corresponde ahora, abocarnos a lo que a nuestro entender, es el centro neurálgico o motor del sistema de garantías chileno.

Dicho motor, se deriva a partir del estudio particular de no sólo del denominado contrato de garantía recíproca, y de sus respectivas contragarantías, sino que asimismo de los certificados de fianza y cartas de garantías que le son parte integrante.⁵¹

En efecto, estimamos que lo que da vida en definitiva al sistema de garantías chileno, es la forma cómo la LSGR ha regulado a dicho contrato e instrumentos jurídicos.

En virtud de lo anterior, es que entendamos que la fuente última del sistema de garantía chileno, sea de origen contractual más que legal.

En dicho sentido, necesario resultará el abocarnos a la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de garantía recíproca y su relación con el contrato de fianza civil.

Acerca de la distinción entre normas sustantivas y normas procesales.

Ahora bien, estimamos que la operatividad última del sistema de garantías chileno, no sólo se encuentra sustentada en la pura y simple eficacia que tanto el contrato de garantía como asimismo a las contragarantías, certificados y cartas de garantías, les corresponda desarrollar.

En efecto, y tal como esperamos demostrar, creemos que dicha eficacia se ve plasmada a partir de un doble tratamiento normativo, a saber, uno sustantivo o de fondo, y uno procesal o de procedimiento, efectuado por la LSGR.

Dicho doble tratamiento- sustantivo y procesal- lo utiliza la LSGR cuando regula tanto al contrato de garantía recíproca y contragarantías, como a los certificados de fianza y cartas de garantías.

⁵¹ En concreto, nuestro estudio se centrará principalmente en el análisis del título más dinámico o funcional de la LSGR, a saber el título IV denominado “ Del Certificado de Fianza y la Contragarantía”

De ahí que si se analiza con detención lo dispuesto por parte de la LSGR en cada uno de ellos, se desprende que junto a su precisa determinación sustantiva, es decir qué son, o en qué se constituyen, tanto el contrato de garantías recíprocas como sus respectivas contragarantías, certificados de fianza y cartas de garantías, por otra parte, la LSGR los regula detalladamente en su aspecto procesal, al señalar cuál es el procedimiento a seguir afín de que resulten efectivamente operativos⁵².

Ahora bien, no se puede dejar de reconocer que la división sustantiva y procesal descrita, surge a partir de la búsqueda de una solución al hecho de que tanto para el contrato de garantía recíproca y las denominadas contragarantías de los beneficiarios, como asimismo en el caso del certificado de fianza y de las cartas de garantías, su respectivo tratamiento normativo- al igual que muchas otras materias de la LSGR-, no ha resultado del todo feliz.

Así lo entendemos, en tanto estimamos que la LSGR no empleó en su determinación, ni una clasificación, ni tampoco un lenguaje preciso que permitiera apreciar y entender dichas instituciones con la claridad necesaria.

De ahí que para su análisis, hemos preferido utilizar una sola y gran distinción entre sus aspectos sustantivos o de fondo, y sus aspectos procesales o de forma.

Con dicha distinción, pretendemos dar cuenta del tratamiento mixto, que a nuestro entender, presentarían tanto el contrato de garantía recíproca y las contragarantías de sus beneficiarios, como asimismo los certificados de fianza y cartas de garantía, que analizaremos en los puntos siguientes.

⁵² De ahí que por un lado, encontremos las denominadas **normas sustantivas**, es decir aquellas que han sido dispuestas por la LSGR, con el fin de precisar no sólo qué son en concreto tanto el Contrato de Garantía Recíproca como asimismo los Certificados de Fianza y de Cartas de Garantía, sino que asimismo son las encargadas de ilustrarnos con respecto a cuáles son sus características o bien, cuál es su régimen jurídico aplicable, entre otros aspectos. Por otro lado, se agrega el grupo de las denominadas **normas procesales**. A través de ellas, pretendemos agrupar todos aquellos aspectos de naturaleza procesal, que siendo recogidos por parte de la LSGR, permite dar vida práctica al dinamismo u operatividad del sistema de garantías recíprocas chileno.

A todo lo anterior, cabe añadir el desafío ya esbozado en el propio mensaje presidencial,⁵³ en el sentido que este nuevo sistema de garantías chileno, sea capaz de hacer frente al desafío que consiste en dotar a Chile de garantías más desformalizadas.⁵⁴

Finalmente, cabe señalar que aún cuando entendamos que tanto el contrato de garantía recíproca como asimismo las contragarantías, certificados de fianza y cartas de garantías, conforman en conjunto, el sustento dinámico del sistema de garantías chileno, por razones puramente pedagógicas, hemos preferido analizarlos de manera separada en los puntos siguientes.

D.6.-Conceptualización del contrato de garantía recíproca, del certificado de fianza y de las denominadas contragarantías.

En el punto D.1 ya analizado,⁵⁵ señalamos que un tercer aporte conceptual otorgado por la LSGR, surge a partir de lo dispuesto en las letras b), c) y d) del artículo 2º, al definir respectivamente, lo que debe entenderse por contrato de garantía recíproca, certificado de fianza y por las denominadas contragarantías.

En efecto, en primer lugar encontramos la letra b) del artículo 2º al señalar que por **contrato de garantía recíproca** debe entenderse a: “el celebrado entre los beneficiarios que soliciten el afianzamiento de sus obligaciones y la Institución, que establece los derechos y obligaciones entre las partes”.

De otra parte, agrega la letra b) del referido artículo 2º que por **certificado de fianza**, debemos entender al: “Otorgado por la Institución mediante el cual se constituye en fiadora de obligaciones de un beneficiario para con un acreedor”.

⁵³ Mensaje de S.E el Presidente de la República con el cual se inició el proyecto de ley para establecer en Chile **un marco legal para la constitución y operación de sociedades de garantía recíproca**. (boletín N° 3627-03). Ob.cit

⁵⁴ En especial, a partir de la regulación y consagración en el artículo 13 de la LSGR, del denominado certificado de fianza inmaterial.

⁵⁵ Vid. Supra.

Finalmente, la letra d) del artículo 2 °, es la encargada de señalar que las **contragarantías** son “las cauciones entregadas por los beneficiarios a la Institución como respaldo del cumplimiento de las obligaciones que, a su vez, ésta se obligue a garantizar o que les hubiese garantizado frente a terceros acreedores”.

Con relación a los tres conceptos legales descritos, corresponde a nuestro entender, efectuar las siguientes apreciaciones, a saber;

- a) El sistema de garantías recíprocas chileno, centra su operatividad a partir del contrato de garantía recíproca, el certificado de fianza y las contragarantías de sus beneficiarios⁵⁶.
- b) En particular, cabe señalar que de los términos expuestos en los tres conceptos descritos precedentemente, se desprende que la principal y más importante fuente de regulación dinámica del sistema de garantías chileno, lo otorga el contrato de garantía recíproca, en tanto fuente de obligación e instrumento jurídico encargado de regular los derechos y obligaciones entre la SAGR y sus accionistas beneficiarios.
- c) A mayor abundamiento, en la medida que la SAGR afiance las obligaciones de sus accionistas, las denominadas contragarantías se constituirán en el contrapeso necesario y obligación recíproca que harán de asumir los respectivos beneficiarios.
- d) Finalmente, cabe reconocer que si bien cierto que la fianza es la garantía personal elegida por la LSGR, para estructurar su funcionamiento, en el caso de las denominadas contragarantías, al utilizar la expresión genérica

⁵⁶ Por otro lado, si bien es cierto que el artículo 2° no contempla una definición conceptual para la denominada carta de garantía- regulada en el artículo 35 ° de la LSGR- no se puede dejar de reconocer que ella también cumple una importante labor dinámica para la operatividad del sistema de garantías chileno, tal como se analizará en su oportunidad.

de caución, en estricto rigor, se deja abierta la posibilidad para que tanto las garantías personales como asimismo las reales cumplan dicha tarea.

D.7.- El contrato de garantía recíproca y las denominadas contragarantías.

A partir de la distinción efectuada entre normas sustantivas y procesales, entendemos que para abocarnos al estudio particular de tanto el contrato de garantía recíproca como asimismo de las denominadas contragarantías de los beneficiarios, resulta necesario efectuar una sub-distinción del siguiente tenor, a saber;

I.-Aspectos sustantivos del contrato de garantía recíproca y de las denominadas contragarantías.

I.a.- Algunos rasgos contractuales del contrato de garantía recíproca

I.b.-Menciones obligatorias del contrato de garantía recíproca.

I.c.- El contrato de garantía recíproca y su relación con el contrato de fianza civil.

II.-Aspectos procesales del contrato de garantía recíproca

I.-Aspectos sustantivos del contrato de garantía recíproca y de las denominadas contragarantías.

I.a.- Algunos rasgos contractuales del contrato de garantía recíproca

Un primer aspecto sustantivo del contrato de garantía recíproca, se refiere a la determinación de cuáles son sus respectivos rasgos contractuales.

Acerca del concepto legal del contrato de fianza civil

Al respecto, lo primero que cabe señalar es la existencia de una remisión normativa genérica y de carácter supletoria, efectuada por parte de la LSGR chilena tanto hacia la legislación civil en general, como asimismo al contrato de fianza civil en particular, a partir de lo dispuesto en el inciso final del artículo 12 de la LSGR, cuando señala que: “salvo lo dispuesto en la presente ley, la fianza se regirá por lo dispuesto en el Título XXXVI, del Libro Cuarto del Código Civil.”

Ahora bien, y no obstante el tratamiento detallado que efectuaremos más adelante con respecto a los alcances y eventuales puntos de conexión que se derivan de la remisión normativa descrita, por ahora, resultar necesario partir por recordar, cuáles fueron los términos expresos utilizados por el legislador civil chileno al conceptualizar al contrato de fianza civil a partir del artículo 2335 del código civil chileno, cuando señala al efecto que el contrato de fianza es : **“Una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no cumple.”**

A partir de los términos descritos en la conceptualización del contrato de fianza civil, corresponde efectuar a nuestro parecer, las siguientes consideraciones del caso, a saber;

- a. La labor de afianzamiento que debe cumplir la SGR coincide en principio, con los términos utilizados por el código civil chileno, al definir al contrato de fianza.
- b. No obstante lo anterior, no se puede dejar de aclarar que la fianza civil, antes que una obligación accesoria como señala el artículo 2335 del código civil chileno, se constituye en un verdadero contrato⁵⁷ de carácter

⁵⁷ Al respecto, v., ALESSANDRI RODRIGUEZ, A y SOMARRIVA UNDURRAGA, M, “CURSO DE DERECHO CIVIL”, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, Tomo IV, Volumen II, páginas 689-720.

accesorio, y cuyas partes son el acreedor y el fiador. En dicho sentido, desde ya, reconocemos una marcada diferencia que existiría entre el contrato de fianza civil y el concepto legal de contrato de garantía recíproca, en lo que se refiere a sus partes contratantes⁵⁸.

- c. Una tercera consideración, apunta al efecto propio del contrato de fianza civil, consistente en la necesidad que le atañe al fiador de tener que cumplir con una obligación principal, total o parcialmente y en subsidio del deudor principal. Al respecto, entendemos que a partir de la obligación asumida por la SAGR en su calidad de fiadora de las obligaciones contraídas por sus accionistas beneficiario, dicha circunstancia sería compartida por el contrato de garantía recíproca

Algunas características contractuales del contrato de fianza civil

De otra parte, estimamos que para una correcta determinación de no sólo la relación existente entre el contrato de garantía recíproca y el contrato de fianza civil, sino que asimismo para llegar a determinar cuáles son sus respectivas características contractuales, resulta necesario traer a colación, algunas de las características contractuales propias que a la luz de la legislación civil chilena, presenta el contrato de fianza, a saber;

1. Se trata de un contrato consensual, por regla general. Es decir es un contrato que en la mayoría de los casos, se perfecciona con el mero acuerdo de voluntades.⁵⁹

⁵⁸ En efecto, cabe recordar que de acuerdo al concepto legal de contrato de garantía recíproca del artículo 2 letra a) de la LSGR, dicho acuerdo de voluntades “es el celebrado entre los beneficiarios que soliciten el afianzamiento de sus obligaciones y la Institución, que establece los derechos y obligaciones entre las partes”. A partir de dicho concepto, salta a la vista el hecho que el contrato de garantía recíproca necesariamente hará de celebrarse entre el deudor o beneficiario, y el fiador o SGR, y no por tanto, entre el fiador y el acreedor, tal como ocurre en el contrato de fianza civil.

⁵⁹ Excepcionalmente, la fianza es solemne, entre cuyos casos se contempla la fianza mercantil, la cual debe otorgarse por escrito.

2. Es contrato unilateral. La única parte obligada es el fiador, quien se obliga para con el acreedor a cumplir con la obligación principal, en subsidio, o en el evento de que el deudor principal no la cumpla.
3. Es un contrato gratuito. El contrato de fianza sólo busca la utilidad de una de las partes, a saber, el acreedor, siendo el fiador por tanto, el único que sufre el gravamen.
4. Es un contrato accesorio.⁶⁰ La finalidad de la fianza es procurar al acreedor una garantía, lo que obviamente supone la existencia de una obligación principal. De este modo, la suerte de la fianza estará absolutamente vinculada a la suerte de la obligación principal.⁶¹
5. Es un contrato patrimonial. Ello en tanto según el artículo 2352 del código civil, los derechos y las obligaciones de los fiadores son transmisibles a sus herederos.
6. Es un contrato puro y simple y no sujeto a condición.⁶²

⁶⁰ V., ALESSANDRI RODRIGUEZ, A y SOMARRIVA UNDURRAGA, M, Ob.,cit

⁶¹ V. gr, se pueden señalar las siguientes consecuencias del carácter accesorio de la fianza; a) Extinguida la obligación principal, se extingue también la fianza. Así, si la obligación principal fuere nula, también lo será la obligación accesoria. b) El fiador tiene la facultad para oponer al acreedor todas las excepciones que deriven de la obligación principal, según lo dispuesto en el -artículo 2354 del código civil c) De otro lado, de conformidad al artículo 2344 del código civil chileno, la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la obligación principal según lo dispuesto por el artículo 2344 del CC. Ahora bien, lo anterior no elimina la posibilidad que el fiador se obligue por menos, no sólo respecto a la cuantía de la obligación, sino también en cuanto al tiempo, lugar o modalidades de pago.

⁶² No obstante lo anterior, resultaría válido pensar que la fianza es condicional, y que precisamente la condición consistiría en que el deudor no cumpla con lo pactado. Sin embargo, cabe recordar que el fiador contrae su obligación directa e inmediatamente, de manera que nos encontramos ante un contrato puro y simple. Con todo, nada impide estipular una modalidad, como un plazo o una condición que afecten la exigibilidad, nacimiento o extinción de la fianza, pues todos los actos patrimoniales aceptan modalidades según el artículo 2340 del código civil chileno. Del mismo modo, cada vez que la obligación principal esté sujeta a modalidades, la fianza también lo estará.

Requisitos del contrato de fianza civil y su relación con el contrato de garantía recíproca.

En la búsqueda de los rasgos contractuales propios del contrato de garantía recíproca, corresponde analizar en tercer lugar, hasta qué grado los requisitos exigidos por la legislación civil chilena para el contrato de fianza civil, resultarían o no aplicables al contrato de garantía recíproca

Con tal objeto, cabe recordar que de conformidad a la legislación civil chilena, el contrato de fianza civil debe cumplir con los siguientes requisitos, a saber;

1. Consentimiento de las partes.
2. Capacidad del fiador
3. Objeto de la fianza.
4. Causa de la fianza.
5. Existencia de una obligación principal.

Consentimiento de las partes

Tal como mencionásemos precedentemente, el contrato de fianza civil por regla general es consensual, de manera tal que se perfecciona con el mero acuerdo de voluntades entre acreedor y fiador.

Al efecto, cabe señalar que de conformidad al artículo 2347 del código civil chileno, la fianza no se presume, expresión que en algunos casos ha sido interpretada en el sentido que la voluntad del fiador debe manifestarse expresamente, excluyéndose por tanto, una manifestación tácita de su voluntad.

Lo anterior, en cambio, no rige respecto del acreedor, pues respecto a éste, se le aplican las reglas generales en materia de manifestación de voluntad, admitiéndose por tanto una manifestación tanto expresa como tácita de su voluntad.⁶³

Finalmente, cabe recordar que para nada interviene la voluntad del deudor principal, al perfeccionarse el contrato de fianza civil. En efecto, según lo dispuesto en el artículo 2345 del código civil, “se puede afianzar sin orden y aún sin noticia y contra la voluntad del principal deudor”.

A partir de lo expuesto, cabe preguntarse cuál sería el régimen jurídico aplicable al efecto, tratándose del contrato de garantía recíproca.

Al respecto, cabe señalar que nada ha normado expresamente la LSGR en dicho sentido. Por dicha razón, creemos que como efecto de la aplicación normativa genérica y supletoria del código civil a la LSGR, en materia de consentimiento de las partes debiera seguirse el mismo criterio, es decir, que el contrato de garantía recíproca presenta el carácter de consensual entre sus partes, a saber, beneficiario o deudor principal y fiador o SAGR.

No obstante lo anterior, entendemos que el artículo 2345 del código civil chileno, no resultaría aplicable al contrato de garantía recíproca.

Así lo estimamos, ya que la voluntad del deudor principal o beneficiario de la fianza en el contrato de garantía recíproca, debe necesariamente manifestarse a favor de la constitución de la garantía respectiva, plasmado por cierto, en el contrato de garantía recíproca que se celebre al efecto entre las partes.

En dicho sentido, creemos que la SAGR no podría constituirse en fiadora de un beneficiario sin su “orden o noticia”, y menos “contra su voluntad”, todo ello, al ser éste el principal deudor de la obligación afianzada y parte del contrato de garantía recíproca.

⁶³ El diferente tratamiento entre el fiador y el acreedor, se justifica al considerar que la fianza es una carga para el fiador y un beneficio en cambio para el acreedor. Por dicha razón, es que la ley haya adoptado mayores precauciones tratándose de la manifestación de voluntad del fiador.

Capacidad del fiador.

En lo guarda relación con la capacidad del fiador, de conformidad al artículo 2350 del código civil, el obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal.⁶⁴

Al respecto, creemos que éste requisito exigido para la fianza civil, si resulta extensivo tratándose de la SAGR.

En virtud de lo anterior, pensamos que la SAGR que opte por afianzar las obligaciones de sus accionistas beneficiarios, deberá ser capaz de obligarse como tal.⁶⁵

Objeto de la fianza.

Un tercer requisito exigido para la fianza civil, se refiere al objeto de la obligación del fiador.

Al respecto, cabe recordar que de conformidad al artículo 2343 inciso 4° del código civil, dicho objeto consiste siempre en pagar una cantidad de dinero, de manera tal que si la obligación del que garantiza el pago de una deuda consiste en entregar una especie o cuerpo cierto, u otras cosas fungibles que no sean dinero, nos encontraríamos frente ante un contrato innominado, pero no ante una fianza civil.⁶⁶

⁶⁴ A mayor abundamiento, entendemos que esta materia relativa a la capacidad del fiador en la fianza civil, debe necesariamente ser comprendida en conjunto con los requisitos establecidos en el código civil chileno para el fiador. Al respecto, cabe recordar que de conformidad al artículo 2350 del código civil chileno, el fiador ofrecido por el deudor, deberá reunir los siguientes requisitos, a saber; a) Ser capaz de obligarse. b) Tener bienes suficientes para hacer efectiva la fianza. c) Estar domiciliado dentro de la jurisdicción de la respectiva Corte de Apelaciones.

⁶⁵ Es más, creemos que dicha circunstancia deberá traducirse en un fiel cumplimiento del objeto social. Por lo mismo, dicha circunstancia deberá necesariamente verse plasmada en la necesidad que le asistirá a sus representantes legales o autorizados, a objeto de que para poder representarla válidamente en su labor de afianzamiento ante terceros, cuenten con los poderes suficientes para dicho cometido, ya sea a través de un mandato, o bien por intermedio de una escritura pública ad hoc.

⁶⁶ V., ALESSANDRI RODRIGUEZ, A y SOMARRIVA UNDURRAGA, M, Ob.cit., pág. 693. Del mismo modo, tratándose de una obligación de dar, el fiador deberá responder pagando la suma de dinero a que asciende la obligación principal, o una menor si la fianza se hubiere limitado. Por otra parte, cuando se

Tratándose del contrato de garantía recíproca, entendemos que existen dos reglas particulares al respecto.

La primera de ellas, se refiere al objeto mismo de la obligación que asume en su calidad de fiadora, la SAGR. En efecto, y si bien es cierto que dicha obligación a partir del objeto exclusivo⁶⁷ de la SAGR- se verá traducida en el pago de una obligación de dar una cantidad de dinero- al igual que en la fianza civil- por otra parte en cambio, no se puede dejar de recordar que en virtud del inciso segundo de la letra a) del artículo 3º de la LSGR, se agregó que: “Asimismo, podrán prestar asesoramiento técnico, económico, legal y financiero a los beneficiarios y administrar los fondos a que se hace referencia en el artículo 33 y las contragarantías que se hayan rendido a su favor de conformidad con los pactos que se celebren entre las partes.”⁶⁸

La segunda regla en cambio, se refiere a la posibilidad que de conformidad al inciso cuarto de la letra d) del artículo 3º de la LSGR, le asiste a la SAGR en orden a poder garantizar: “actos o contratos mediante los cuales el beneficiario transfiera créditos que posea contra terceros, adquiridos en el ejercicio de sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales y de los cuales deriven obligaciones subsidiarias o solidarias, aun cuando el beneficiario no sea deudor principal”.

Al respecto, cabe resaltar que junto a lo novedoso que podrá parecer la naturaleza de la obligación afianzada, a saber, actos o contratos, no nos deja de llamar la atención el hecho que obligación respectiva -sujeta al afianzamiento- pueda provenir de un beneficiario que no sea deudor principal, lo cual rompería con toda la lógica y estructura de la fianza civil.

afianzan obligaciones de hacer o de no hacer, el fiador se obliga al pago de la indemnización de perjuicios que resulte de la infracción de la obligación.

⁶⁷ Recordemos que de conformidad a la letra a) del artículo 3, inciso primero se dispone que: “Su objeto será exclusivo, y consistirá en el otorgamiento de garantías personales a los acreedores de sus beneficiarios, con la finalidad de caucionar obligaciones que ellos contraigan, relacionadas con sus actividades empresariales, productivas, profesionales o comerciales.”

⁶⁸ A mayor abundamiento, y a partir de lo expuesto para la fianza civil, entendemos que dichas asesorías y/o administraciones constituyen un objeto propio y particular de la obligación del fiador, en el contrato de garantía recíproca.

Causa de la fianza.

Aún cuando una primera impresión podría llevarnos a pensar de dicho modo, la causa de la fianza civil no debe ser buscada en el vínculo jurídico que liga al acreedor con el fiador.

En efecto, la obligación asumida por el fiador es abstracta o carente de causa ante al acreedor.

Por dicho motivo, es que lo correcto en cambio, es buscar la causa de la fianza civil, en las relaciones existentes entre el fiador y el deudor principal.

De otra perspectiva, la causa de la obligación asumida por el fiador, responde a la siguiente interrogante, a saber; ¿qué es lo que motiva en definitiva el otorgamiento de la fianza por parte del deudor principal?

A partir de lo expuesto, es que en la fianza civil se distinga entre fianza gratuita, y aquella fianza otorgada mediando un pago o retribución, o también denominada como fianza remunerada⁶⁹.

En el caso del contrato de garantía recíproca, resulta evidente que la fianza que lleva envuelta es remunerada y no gratuita.

En efecto, la obligación de afianzamiento que asume la SAGR descansa en último término, en la contragarantía que al efecto le haya otorgado a su vez, el respectivo accionista beneficiario.

⁶⁹ En el caso de la fianza gratuita, la causa de la obligación del fiador será la pura liberalidad. En la fianza remunerada en cambio, la causa se encontrará en el pago que se haya ofrecido efectuar al fiador por su compromiso.

Existencia de una obligación principal.

Un quinto y último requisito de la fianza civil, apunta al hecho que la fianza para su validez, requiera de la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento se encuentre garantizando.⁷⁰

Ahora bien, con respecto al tipo de obligación principal, el principio rector en la materia, es que todas las obligaciones sean susceptibles de afianzarse, independientemente por tanto, de cual sea en concreto su fuente.

En dicho sentido, la obligación afianzada puede perfectamente ser una obligación civil, natural, pura y simple, o bien una obligación sujeta a modalidades.⁷¹

Asimismo cabría entender como comprendidos, los casos en que la obligación principal sea presente, o bien futura, esto último según lo dispuesto en el artículo 2339 del código civil.⁷²

Al respecto, cabe precisar que en materia de certificado de fianza, y de conformidad al inciso tercero del artículo 12 de la LSGR: “Podrán afianzarse obligaciones futuras, siempre que éstas se encuentren determinadas singularmente en el certificado respectivo.”

Características contractuales del contrato de garantía recíproca

Llegados a éste punto, corresponde precisar cuáles son las características contractuales propias del contrato de garantía recíproca.

⁷⁰ Todo ello, en tanto consecuencia lógica del carácter accesorio que tiene el contrato de fianza civil

⁷¹ En éste último caso, la modalidad se deberá comunicar a la fianza, por aplicación del principio de la accesoriedad.

⁷² En este caso de obligaciones futuras, se le otorga al fiador la facultad de retractarse hasta que llegue a existir la obligación principal, pero con una limitación consiste en que el fiador queda responsable frente al acreedor y frente a los terceros, en la medida que estos estén de buena fe. Por dicho motivo, si el fiador que se retracta no quiere incurrir en responsabilidad por el hecho de la retractación, debe notificar su decisión de retractarse publicando avisos y notificando al acreedor.

Al efecto, cabe reconocer que para dicha determinación, hemos tomado como referencia a tres fuentes normativas distintas. La primera fuente, corresponde a lo ya expuesto para el contrato de fianza civil. La segunda en cambio, descansa en el concepto de contrato de garantía recíproca dispuesto en la letra b) del artículo 2° de la LSGR. La tercera y última fuente, surge a partir de una posible adaptación a la realidad chilena, de algunas de las características propias que presenta el denominado contrato de reafianzamiento de la legislación española.⁷³

A partir de las fuentes consideradas para su determinación entendemos que el contrato de garantía recíproca presentaría las siguientes características o rasgos contractuales propios, a saber;

- a. Se trata de un contrato consensual.** Ello, ya que el contrato de garantía recíproca se perfecciona con el mero acuerdo de voluntades entre la SAGR o fiadora, y el beneficiario, o deudor principal.

En efecto, el inciso final del artículo 12 de la LSGR refuerza dicho carácter, al señalar que: “En ningún caso la inexistencia de este contrato, su cumplimiento o incumplimiento o los vicios o errores que éste contuviere, relativos a su formalización, suscripción o contenido, afectarán la validez del certificado de fianza, ni sus efectos contra la entidad o terceros”.

Ahora bien, cabe precisar que no obstante el contrato de garantía recíproca tenga el carácter de consensual respecto a su perfeccionamiento, la aceptación que presten las partes contratantes deberá elevarse a una protocolización notarial o bien extenderse bajo la modalidad de firma electrónica avanzada de los contratantes, tal como señala el penúltimo inciso del artículo 11 al disponer que: “El Contrato de Garantía Recíproca deberá protocolizarse ante notario o extenderse con la firma electrónica avanzada de los contratantes con anterioridad a que se inicie su ejecución”.

⁷³ V., LARGO GIL, R y HERNÁNDEZ SAINZ, E, “LAS SOCIEDADES DE REAFIANZAMIENTO”, Revista de derecho de sociedades, Editorial Aranzandi, año 1999-2, número 13, páginas 82 y ss. Ob.cit.

- b. Es un contrato bilateral.** El contrato de garantía recíproca establece derechos y obligaciones para ambas partes contratantes, o en otras palabras, es un acuerdo de voluntades destinado a crear derechos y obligaciones para tanto los beneficiarios o deudores principales, como asimismo para la Sociedad Anónima de Garantía Recíproca prestadora del beneficio de afianzamiento.
- c. Es un contrato accesorio.** La finalidad de la fianza en el contrato de garantía recíproca tiene por objeto otorgar al tercero acreedor, una garantía por parte de la SGR, lo cual obviamente, supone la existencia de una obligación principal asumida previamente por parte del beneficiario o deudor principal.
- d. Es un contrato normativo.** En tanto no sólo se limita a instaurar una relación entre la SAGR y el accionista beneficiario respectivo, sino que asimismo, contiene toda una normativa reguladora del afianzamiento prestado por la SAGR y en general, incluye todos los derechos y obligaciones a los cuales se encuentran sujetas las partes contratantes.
- e. Es un contrato mercantil.** Ello ya que la SAGR por aplicación supletoria de la ley de sociedades anónima chilena, se constituye en una sociedad mercantil.

I.b.-Menciones obligatorias del contrato de garantía recíproca.

El segundo de los aspectos sustantivos que corresponde estudiar con relación al contrato de garantía recíproca, se refiere a las **menciones obligatorias** que dicho instrumento jurídico, debe necesariamente contener por mandato de la LSGR.

La enumeración mínima y no taxativa de las menciones obligatorias

En efecto, el artículo 11 de la LSGR, es el encargado de otorgarnos la regla general en esta materia, al señalar que: “Las personas que soliciten a la Institución de Garantía

Recíproca el afianzamiento de sus obligaciones, suscribirán previamente con ésta un contrato denominado contrato de garantía recíproca, **en el cual se deberá dejar establecido, a lo menos, lo siguiente.....**”

A partir de lo expuesto, corresponde efectuar a nuestro entender, las siguientes consideraciones;

- a. El artículo 11 de la LSGR, parte por señalar que son “las personas” que soliciten a la SGR el afianzamiento de sus obligaciones, quienes deberán suscribir el contrato de garantía recíproca.
- b. Al respecto, cabe precisar que la expresión “personas” utilizada por el artículo 11, debe ser entendido como el de beneficiarios del sistema, a saber, los accionistas o en su caso, socios beneficiarios que soliciten a la SGR el afianzamiento de sus respectivas obligaciones.
- c. Por otra parte, no se puede dejar de mencionar que el artículo 11 utiliza el término “solicitud”, lo cual podría dar pie para entender que la concesión de afianzamiento de las obligaciones por parte de la SGR, se constituiría sólo en una facultad, y no en una verdadera obligación puesta a su cargo.
- d. En dicho sentido, entendemos que una eventual denegación de afianzamiento en favor de algún beneficiario por parte de la SGR, no desmerecería ni desvirtuaría en lo absoluto, su objeto social de afianzamiento.⁷⁴
- e. De otro lado, y con respecto a la oportunidad exigida para la suscripción del contrato de garantía recíproca, entendemos que ello está claramente

⁷⁴ Es más, creemos que resulta imperioso que la SGR cuente con la mayor libertad posible a fin de evaluar las circunstancias del caso, y así posteriormente decidir si procede o no al afianzamiento solicitado.

exigido para un momento previo o anterior al afianzamiento de sus beneficiarios.⁷⁵

- f. Finalmente, y en lo que se refiere a la obligatoriedad y taxatividad de las menciones establecidas por la LSGR para el contrato de garantía recíproca, no nos cabe duda que dichas menciones son sólo un mínimo obligatorio y no taxativo.⁷⁶ De hecho, la denominación de menciones obligatorias utilizada en este trabajo, nace a partir de la frase “**a lo menos**” que el propio artículo 11 utiliza al referirse a lo que deberá dejarse establecido en el contrato de garantía recíproca.

Por otra parte, y en lo que dice relación con las menciones obligatorias en particular, cabe precisar que ellas se encuentran reguladas de una manera muy desordenada, en las letras a),b),c),d),e) y f) del artículo 11.

En efecto, entendemos que el orden utilizado por la LSGR a la hora de regular las menciones obligatorias del contrato de garantía recíproca, no ayuda a comprender dicha materia.

Por dicho motivo, es que hayamos preferido analizar dichas menciones obligatorias, de conformidad a los siguientes términos, a saber;

- 1. El monto de las obligaciones afianzadas**
- 2. Las contragarantías**
- 3. Derechos y obligaciones de las partes**
- 4. El plazo de duración del contrato de garantía recíproca**
- 5. Otras menciones que las partes acuerden**

⁷⁵ A mayor abundamiento, entendemos que a partir de los términos utilizados por la propia LSGR, la suscripción previa del contrato de garantía recíproca, se constituiría en un requisito esencial para proceder al afianzamiento requerido.

⁷⁶ Esto último, lo entendemos a la luz del tenor literal utilizado en la letra f) del artículo 11, al referirse a las “demás menciones que las partes acuerden.”

1.-El monto de las obligaciones afianzadas

La primera de las menciones obligatorias del Contrato de Garantía Recíproca, se refiere al monto máximo de las obligaciones que la SGR podrá afianzar en favor de sus accionistas beneficiarios.

Dicha mención, se encuentra contenida en la letra b) del artículo 11 de la LSGR, al referirse a **“El monto máximo de las obligaciones que la entidad podrá afianzar al beneficiario.”**

Ahora bien, estimamos que para tratar esta primera mención obligatoria, resulta necesario detenernos, en primer lugar, en la determinación precisa de lo que en definitiva, constituirá el monto máximo sujeto al afianzamiento por parte de la SGR.⁷⁷

A mayor abundamiento, creemos que las circunstancias del caso, se encontrarán sujetas a dos factores distintos como lo son, por una parte, la respectiva situación patrimonial que esté presentando en dicho momento la SGR, y por otro, las condiciones económicas y capacidad de pago que presente el correspondiente beneficiario solicitante de afianzamiento.

En efecto, por una parte el límite máximo se encontrará sujeto a la solvencia y liquidez que en dicho momento esté presentando la SGR, en cumplimiento de sus obligaciones ya sea, con respecto a los terceros acreedores de la SGR, o bien con relación a los propios accionistas beneficiarios. En dicho sentido, creemos que si la SGR no cuenta con solvencia y liquidez necesarias para hacer frente a sus obligaciones, menos podrá ella asumir nuevos compromisos de afianzamiento.

De otro lado, vemos que el otro factor condicionante del monto máximo de las obligaciones que la entidad podrá afianzar a sus beneficiarios, descansará en las

⁷⁷ Al respecto, creemos que dicha determinación no será standard, sino que por el contrario, dependerá de las circunstancias de cada caso.

condiciones económicas y capacidad de pago que presente el propio beneficiario - solicitante de afianzamiento- plasmadas por cierto- en el monto, naturaleza y características de la respectiva contragarantía que al efecto deba otorgar.⁷⁸

En segundo lugar, estimamos que también resulta necesario efectuar una pausa en lo que dice relación con la tarea que a los estatutos de la SGR les corresponderá cumplir en la determinación del monto máximo de las obligaciones que la entidad podrá afianzar a favor de los correspondientes accionistas beneficiarios.

Dicha tarea, nacerá a partir de lo dispuesto en las letras a), b) y c) de la segunda parte del artículo 5° de la 20.179,⁷⁹ cuando señala que:...

“Los estatutos de la Institución de Garantía Recíproca deberán contener, las siguientes materias:

a.- Las condiciones generales aplicables a las garantías que otorgue la entidad y a las contragarantías que se constituyan a su favor.

b.- Los porcentajes máximos de las garantías que la entidad podrá otorgar, en relación con su patrimonio, con el valor de los fondos de garantía que administre o con las contragarantías que se le haya rendido.

c.- La relación máxima entre el capital social que aporte cada accionista beneficiario y el importe máximo de las deudas cuya garantía éste solicite de la sociedad, con cargo a sus acciones.”

⁷⁸ A lo anterior, debe agregarse el caso de los antiguos beneficiarios, esto es, aquéllos que habiendo resultado beneficiados con el otorgamiento de un afianzamiento por parte de la SGR, recurren nuevamente a ella, en busca de dicho beneficio. En este tipo de situaciones, estimamos que será el propio historial del beneficiario solicitante, es decir su solvencia y cumplimiento de obligaciones pasadas, lo que dará el parámetro justo para el otorgamiento, o en su caso, la denegación de esta nueva solicitud de afianzamiento.

⁷⁹ Tal como esbozásemos en el punto B.2 de la presente investigación, a propósito del estudio de la regulación normativa específica que la LSGR otorga para los estatutos de la SGR Vid. supra, páginas 9 y ss.

Ahora bien, en el presente acápite, nos corresponde añadir las tareas que dichas materias estatutarias les corresponde cumplir en la determinación del monto máximo de las obligaciones que la entidad podrá afianzar en favor de sus accionistas beneficiarios.⁸⁰

Cabe recordar que en el ya referido punto B.2 de la presente investigación, afirmamos que mientras la materia de la letra a)- relativa a la determinación estatutaria de las condiciones generales aplicables tanto a las garantías que otorgue la SGR como a las contragarantías que se constituyan a su favor- constituía el verdadero motor del sistema de garantías chileno, con respecto a la segunda y tercera materias en cambio, sostuvimos que apuntaban a la autorregulación privada vía estatutos de medidas de resguardo solvente de la SGR, o si se quiere decir en otras palabras, de medidas estatutarias de resguardo solvente.

Al efecto, reconocemos que si bien es cierto que la materia de la letra a), por su amplitud, resulta ser la más gráfica expresión del verdadero motor del sistema de garantías, para la determinación en cambio, del monto máximo de las obligaciones que la SAGR podrá afianzar a sus accionistas beneficiarios, son las tres materias conjuntamente, y no una sola, las que guían y orientan en conjunto, dicha tarea.

Así lo entendemos, ya que para una adecuada apreciación del monto máximo de las obligaciones que la entidad podrá afianzar al beneficiario, resultará necesario considerar lo que los respectivos estatutos de la SAGR hayan establecido, no sólo genéricamente con respecto las condiciones generales aplicables a las garantías que otorgue la entidad y a las contragarantías que se constituyan a su favor- de la letra a)- sino que asimismo, resultará imperioso precisar las circunstancias del caso, tanto a través de los porcentajes máximos de las garantías que la entidad podrá otorgar en relación con su patrimonio, con el valor de los fondos de garantía que administre, o con las contragarantías que se le haya rendido en su favor - de la letra b)- como asimismo, a partir de la relación máxima entre el capital social

⁸⁰ Al respecto, cabe recordar que en el punto B.2 de la presente investigación, afirmamos que mientras la materia de la letra a)- relativa a la determinación estatutaria de las condiciones generales aplicables tanto a las garantías que otorgue la SGR como a las contragarantías que se constituyan a su favor- constituía el verdadero motor del sistema de garantías chileno, con respecto a la segunda y tercera materias en cambio, sostuvimos que apuntaban a la autorregulación privada vía estatutos de medidas de resguardo solvente de la SGR, o si se quiere decir en otras palabras, de medidas estatutarias de resguardo solvente.

que aporte cada accionista beneficiario y el importe máximo de las deudas cuya garantía éste solicite de la sociedad, con cargo a sus acciones- regulado en la letra c) del artículo 5°.

Es más, entendemos que a partir de un estudio más acabado de estas tres materias estatutarias de las letras a),b) y c) del artículo 5, se refuerza nuestra tesis, en el sentido de que para obtener una determinación precisa del monto máximo de las obligaciones que la SGR podrá afianzar, ello se encontrará necesariamente supeditado tanto a la propia situación patrimonial interna de la SGR, como a las condiciones económicas externas del respectivo accionista beneficiario.

2.-Las contragarantías

La segunda mención obligatoria del contrato de garantía recíproca, nos lleva al estudio de las denominadas **contragarantías de los beneficiarios**.

Al respecto, útil resulta recordar que la letra d) del artículo 2 ° de la LSGR, es la encargada de definir las al señalar nos que por contragarantías debemos entender a **“las cauciones entregadas por los beneficiarios a la Institución como respaldo del cumplimiento de las obligaciones que, a su vez, ésta se obligue a garantizar o que les hubiese garantizado frente a terceros acreedores”**.

Del concepto descrito, resaltan a nuestro entender, dos notas características de las contragarantías de los accionistas beneficiarios;

Las cauciones y su denominación genérica

La primera nota característica, se refiere al hecho que la LSGR utilizó el término genérico de “cauciones” para definir las, lo cual y en estricto rigor, daría cuenta que las propias contragarantías podrían constituirse por garantías de tanto índole personal como real, es decir fianza, co-deudor solidario y aval tratándose de las garantías personales, y prenda e hipoteca en el caso de las reales.

A mayor abundamiento, estimamos que la referencia genérica de “caución” dispuesta por la LSGR chilena para efectos de definir qué son las contragarantías de los beneficiarios, se ve reforzada con los términos utilizados por la misma ley, específicamente en las letras a) y d) del artículo 11, cuando regula su calidad de mención obligatoria del contrato de garantía recíproca.

En efecto, por una parte, la letra a) del artículo 11, señala como mención obligatoria del contrato de garantía recíproca a: **“Los bienes, cauciones y derechos que el beneficiario entregue para garantizar a la entidad las fianzas que ésta, a su vez, le proporcione por sus respectivas obligaciones”**.

De otro lado, se agrega la letra d) del artículo 11, al disponer que también es una mención obligatoria del contrato de garantías recíproca: **“Las modalidades y características de las garantías que rinde el beneficiario a la entidad, pudiendo pactarse una cláusula de garantía general, limitada a un monto máximo”**.

A partir de lo expuesto por la LSGR, tanto al definir las contragarantías de los beneficiarios como asimismo al regular su calidad de mención obligatoria del contrato de garantía recíproca, corresponde efectuar en nuestra opinión, las siguientes consideraciones, a saber;

- a) El tratamiento que la LSGR otorga con respecto a las contragarantías resulta demasiado amplio, además de inorgánico y contradictorio. En efecto, a tal punto llega dicha amplitud, que la LSGR incluso otorga la posibilidad de poder constituir una contragarantía en base a una cláusula de garantía general a favor de los terceros acreedores⁸¹.

⁸¹ No obstante lo anterior, entendemos que la LSGR distingue claramente entre lo que son las contragarantías propiamente tales (es decir bienes, derechos y/o cauciones en general), de lo que son las modalidades y características precisas con que deberán mencionarse en el contrato de garantía recíproca que se celebre al efecto.

- b) A contrariu sensu, estimamos que si existe certeza en lo que guarda relación con su carácter necesario. En efecto, las contragarantías deberán ser obligatoria y no voluntariamente rendidas u otorgadas por los accionistas beneficiarios que hayan optado a un afianzamiento de sus obligaciones por parte de la SAGR.
- c) Por otra parte, no se puede dejar de precisar que la propia SBIF en su Circular Núm. 1, del 16 de octubre 2007, al tratar lo que denominó como “Otros aspectos regulatorios”, ya delimitó dicha mención genérica de cauciones a sólo dos ámbitos específicos, a saber; hipotecas y prendas en el caso de las garantías reales, e instrumentos financieros en los demás casos.⁸²

⁸² En efecto, el punto III de la Circular Núm. 1 de la SBIF, del 16 de octubre de 2007, denominado como “OTROS ASPECTOS REGULATORIOS”, realiza dicha distinción entre por una parte, la “Valoración de bienes e instrumentos financieros reci-bidos como contra garantía o que formen parte de la cartera de inversiones” y por otra, los “Fondos recibidos de otras entidades para garantizar cauciones”, al señalar que : “ Los bienes que la institución reciba en hipoteca o en prenda, como contra garantía de las fianzas otorgadas deberán estar legalmente constituidas y serán valoradas sobre la base de una tasación o certificación de su valor, la que no podrá tener una antigüedad superior a un año debiendo, por lo tanto, actualizarse también a lo menos anualmente. Esas tasaciones deben ser realizadas y suscritas por personas idóneas en la materia, que sean de preferencia ajenas a la Institución y, en todo caso, independientes del deudor beneficiario de la garantía. Los instrumentos financieros que se constituyan como contra garantía, o que pertenezcan a la cartera de inversiones de la institución serán valorados según su valor razonable. Se entiende por “valor razonable” el precio que alcanzaría un instrumento financiero, en un determinado momento, en una transacción libre y voluntaria entre partes interesadas, debidamente informadas e independientes entre sí. En todo caso, a los valores de tasación de las garantías hipotecarias y prendarias se les deberán aplicar los ajustes mínimos indicados en el Anexo N° 1 de esta Circular. Para los efectos de constatar la suficiencia de esos ajustes, deberán mantener un registro histórico de los valores a los cuales se han liquidado las contra garantías ejecutadas y de los valores a los cuales esas mismas garantías se encuentran tasadas. Los procedimientos y políticas aplicados para la valoración permanente de todos los instrumentos financieros, sea que constituyan la cartera de inversiones o hayan sido recibidos en calidad de contra garantía de las fianzas otorgadas, deberán encontrarse debidamente documentados. De otro lado, tratándose de los fondos recibidos de otras entidades para garantizar cauciones, dispuso que: “Las instituciones de garantía recíproca podrán recibir de los organismos y servicios públicos facultados para ello, según lo establecido en los artículos 32 y 33 de la Ley, recursos financieros con el único objeto de afianzar las obligaciones que la respectiva institución de garantía recíproca garantice por cuenta y con cargo al fondo que se constituya con los recursos recibidos del organismo o servicio que los aporta. Los fondos así entregados a las instituciones de garantía recíproca, constituirán patrimonios independientes de ellas y su única finalidad es la de afianzar las obligaciones que la institución garantice y que constituyan el objeto del fondo, según las especificaciones que se establezcan en la normativa interna de este. Las garantías imputables a estos fondos, serán cursadas por cuenta y a nombre del fondo cuyos recursos se comprometen, asumiendo éste, por consiguiente, los riesgos de esas operaciones. Consecuentemente, esos fondos serán también los titulares de los bienes e inversiones aportados.” Circular Núm. 1 que establece las normas generales para las Sociedades de Garantía Recíproca, de fecha 16 de octubre de 2007. Disponibles en internet en el mes de octubre de 2008 en www.sbif.cl. Ob, cit.

- d) Finalmente, cabe precisar que como producto de su tratamiento normativo inorgánico, importante resultará el papel que le tocará cumplir al principio de la autonomía de la voluntad, en aras de una definición más precisa de lo que constituirá o no una contragarantía. En especial, en lo que se refiere a las modalidades y características particulares de las contragarantías otorgadas por los accionistas beneficiarios en cada caso en particular.

La contraprestación recíproca

La segunda nota característica de las contragarantías, se refiere en cambio, a la función precisa y efectiva que ellas deberán cumplir en el sistema de garantías chileno.

Al respecto, cabe señalar que dicha función no es sino que la de servir de contra prestación a la labor propia de afianzamiento de obligaciones y que desarrolla la SAGR.

De hecho, la denominación de “recíproca” que se le otorga al sistema de garantías,⁸³ se funda en último término, en la contraprestación que los respectivos accionistas beneficiarios entreguen a la SAGR, a objeto de que ésta afiance sus obligaciones frente a sus respectivos terceros acreedores, tal como lo dispone la letra d) del artículo 2 ° de la LSGR, al referirse a ellas como cauciones que son entregadas por los beneficiarios a la Institución como **respaldo del cumplimiento de las obligaciones.**⁸⁴

⁸³ De ahí que la expresión de recíproco atribuido al sistema de garantías chileno, no estaría daría cuenta en estricto rigor, de la casi nula mutualidad con que se nutre. Así lo entendemos, ya que la denominación de recíproco utilizado tanto para la legislación chilena como argentina y española- que le sirvieron de base-, no es más que una adaptación indirecta a lo que el sistema de garantías español importó por parte de otros ordenamientos jurídicos europeos más antiguos en materia de garantías, y en particular de la SOCIEDADES DE CAUCIÓN MUTUA del sistema francés de garantías. V.,gr., CHARRO VALLS, J y SÁNCHEZ BERNAL, M, “SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA”, Ob., cit pág. 26 cuando señalan que : “La estructura y funcionamiento de las SGR responden principalmente a las características típicas del movimiento cooperativo, nacido a mediados del siglo XIX, pero del que no son sino una subespecie”...y agregan: “La propia definición de la sociedad <<de Garantía Recíproca>> indica ya este rasgo definidor, que no hace sino sustituir el equivalente de otros ordenamientos <<de Garantía Mutua>>. En el mismo sentido, V., BERCOVITZ, A, “SOCIEDADES DE GARANTÍA MUTUA”, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, julio-septiembre, 1975, páginas 269-278.

⁸⁴ Es más, creemos que esta materia de las contragarantías de los beneficiarios, es un fiel reflejo de la inspiración otorgada por la ley de sociedades de garantía recíproca argentina a su par chileno. Para tales

La contragarantía especial de prenda sobre acciones o cuotas de capital

Junto a la contragarantía de aplicación general precedentemente expuesta, la LSGR chilena reconoce la existencia de una contragarantía especial de prenda sobre acciones o cuotas de capital, regulada en su artículo 16.

En efecto, señala dicha norma que: “Para acceder a la fianza de la Institución de Garantía Recíproca, el accionista o socio beneficiario podrá constituir en favor de ésta, prenda sobre las acciones o cuotas de capital que posea en el capital de la misma. A tales efectos, serán aplicables las disposiciones de la ley N° 4.287, de Prenda Bancaria sobre Valores Mobiliarios.”⁸⁵

3.- Derechos y obligaciones de las partes

La tercera mención obligatoria del contrato de garantía recíproca, la encontramos en la letra e) del artículo 11, al referirse a la “determinación de los derechos y obligaciones de las partes”.

Al respecto, cabe señalar que si concordamos esta tercera mención obligatoria, con lo dispuesto por la LSGR chilena al definir lo que debe entenderse por contrato de garantía recíproca, cabría sostener que dicha determinación de derechos y obligaciones, no sería otra cosa que la determinación precisa de los derechos y obligaciones a los cuales se encontrarán sujetos las dos partes del contrato de garantía recíproca, a saber, el o los beneficiarios que soliciten el o los afianzamientos, y la Institución y/o Sociedad Anónima de Garantía Recíproca que otorgue dicho beneficio.⁸⁶

efectos, útil resulta recordar que el art. 71 de la LSGR argentina al regular lo que denominó como “De la contragarantía”, utiliza también una referencia genérica en materia de cauciones otorgadas por su beneficiarios al señalar que: “Las sociedades de garantía recíproca (SGR) **deberán requerir contragarantías** por parte de los socios partícipes en respaldo de los contratos de garantías con ellos celebrados. El socio partícipe tomador del contrato de garantía recíproca, deberá ofrecer a la S.G.R. **algún tipo de contragarantía en respaldo de su operación.**”

⁸⁵ Ley Núm. 4.287 “Sobre prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos”, publicada en el Diario Oficial con fecha 23 de febrero del año 1928.

⁸⁶ En dicho sentido, cabe recordar que las obligaciones y derechos respectivos de tanto la parte beneficiaria como de la parte prestadora del beneficio de afianzamiento serán las siguientes, a saber: En el caso del

4.-El plazo de duración del contrato de garantía recíproca

La cuarta mención obligatoria del contrato de garantía recíproca, se refiere al plazo de duración del contrato de garantía recíproca.

En efecto, la letra c) del artículo 11 agrega como mención obligatoria del contrato de garantía recíproca a: “El plazo de duración del contrato, que podrá ser indefinido.”

Al respecto, cabe destacar lo novedoso que resulta a nuestro entender, la calidad de indefinido que podrá presentar el contrato de garantía recíproca.

Así lo entendemos, al considerar que el contrato de garantía de recíproca, en principio, debiera seguir la misma suerte que el de cualquier otro acuerdo de voluntades, es decir, que sea de plazo fijo, o bien y en el mejor de los casos, con cláusula de renovación sucesiva y automática.⁸⁷

5.- Otras menciones que las partes acuerden

La quinta y última mención obligatoria del contrato de garantía recíproca, la entrega la letra f) del artículo 11 de la LSGR, al referirse a “las demás menciones que las partes acuerden.”

beneficiario de afianzamiento su derecho se referirá a la solicitud de afianzamiento por parte de la SAGR y su obligación se constituirá en el otorgamiento de las contragarantías respectivas. En el caso de la SAGR, mientras su derecho se orientará a la exigencia de las respectivas contragarantías por parte de los accionistas beneficiarios, su obligación en cambio, estará apuntada al otorgamiento efectivo del afianzamiento previamente aprobado. (siempre y cuando se hayan considerado los resguardos solventes y circunstancias del caso).

⁸⁷ No obstante lo anterior, comprendemos su calidad de indefinido, en tanto estimamos que la intención del legislador en este caso, ha sido el de poder equiparar al contrato de garantía recíproca con el plazo de duración indefinida al cual se sujetan usualmente las sociedades anónimas chilenas, y por extensión, la sociedad anónima de garantía recíproca. V., artículo 4º Número 4º de la ley de sociedades anónima chilena, cuando señala que: “La escritura de la sociedad debe expresar: 4) La duración de la sociedad, la cual podrá ser indefinida y, si nada se dice, tendrá este carácter.” LSA chilena, Ob.cit.

A nuestro entender, la letra f) del artículo 11 de la LSGR, junto con reconocer que la enunciación de menciones obligatorias es genérica y no taxativa, será quien otorgue a la postre, la puerta de entrada al principio de autonomía de la voluntad, a objeto de que se regulen contractualmente todos aquellos aspectos tanto generales como particulares, y que por omisión de la LSGR, no hayan sido incluidos como menciones obligatorias del contrato de garantía recíproca.

En dicho sentido, y meramente a vía ilustrativa, cabría reconocer que algunas de las menciones obligatorias de la denominada carta de garantía- y que analizaremos más adelante⁸⁸ – si admitirían, en nuestra opinión, ser incorporadas en el contrato de garantía recíproca vía “demás menciones que las partes acuerden.”⁸⁹

I.c.-El contrato de garantía recíproca y su relación con el contrato de fianza civil

Un tercer y último aspecto sustantivo que corresponde analizar con relación al contrato de garantía recíproca, se refiere a los alcances derivados a partir de la relación jurídica particular que dicho contrato, presentaría con el ya mencionado contrato de fianza regulado en el código civil chileno.

La remisión normativa genérica y supletoria al código civil

Al respecto, lo primero que cabe considerar, es la ya expuesta remisión normativa genérica y de carácter supletoria, surgida a partir del inciso final del artículo 12 de la LSGR, cuando dispone que: “salvo lo dispuesto en la presente ley, la fianza se regirá por lo dispuesto en el Título XXXVI, del Libro Cuarto del Código Civil.”

⁸⁸ Vid. Infra.

⁸⁹ Tales menciones se refieren a las señaladas en las siguientes letras del artículo 35 de la LSGR, a saber; b) La individualización del beneficiario; c) Los antecedentes de la obligación a garantizar.

En dicho sentido, válido resulta preguntarse en el presente apartado, qué es lo que abarca en definitiva la remisión genérica normativa descrita, o en otras palabras, ¿hasta qué punto el contrato de garantía recíproca admite ser entendido como un contrato de fianza civil?.

A mayor abundamiento, estimamos que dicha delimitación es de suma importancia, en tanto nos guiará en la determinación del régimen jurídico aplicable no sólo de manera específica al contrato de garantía recíproca, sino que globalmente a todo el sistema de garantía recíproca chileno. En efecto, y tal como se esbozara a lo largo de la presente investigación, es a partir de dicho contrato, de donde nace en último término la verdadera fuente generadora de los afianzamientos a favor de los beneficiarios.

Ahora bien, no se puede dejar de precisar que aún reconociendo que la referencia de la LSGR al contrato de fianza civil alcance el carácter de genérica, no por ello, se le debe considerar como total y absoluto.

De hecho, existen a nuestro entender, al menos dos materias que si bien es cierto no fueron tratadas en detalle por parte de la LSGR, si encontrarían en ella, una regulación específica como lo son, por una parte, todo lo relativo a la extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca, y por otro, todo aquello normado en materia de efectos del contrato de garantía recíproca,⁹⁰ ya sea tanto para el denominado beneficio de excusión- del inciso sexto del artículo 14 de la LSGR, como asimismo en materia de privilegios para los créditos afianzados y acción subrogatoria, regulados respectivamente en el inciso cuarto del artículo 12 e inciso final del artículo 14 de la LSGR.

Delimitación de la remisión normativa genérica y supletoria

A partir de lo expuesto, es que la duda siga planteada con relación a las otras materias que si quedarían en cambio, cubiertas en la remisión normativa genérica que la LSGR efectúa hacia el contrato de fianza civil.

⁹⁰ Denominado por nosotros como “Aspectos procesales del contrato de garantía recíproca.”

Al respecto, entendemos que no obstante la amplitud inserta en la remisión normativa, resulta necesario efectuar una delimitación de aquéllas principales materias tratadas con ocasión del contrato de fianza civil, y que si admitirían ser consideradas como parte integrante del contrato de garantía recíproca vía supletoria.⁹¹

Para tal objeto, es que creemos necesario recordar y relacionar en éste acápite, las siguientes notas características, o si quiere decir en otras palabras, los posibles puntos de conexión, que a nuestro entender, podrían derivarse entre el contrato de fianza civil y el contrato de garantía recíproca, a saber;

- 1. Clases de fianzas y su relación con el contrato de garantía recíproca.**
- 2. Acerca de los obligados a rendir fianza.**
- 3. La extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca.**
- 4. Efectos del contrato de fianza y su relación con los aspectos procesales del contrato de garantía recíproca.**

1. Clases de fianzas y su relación con el contrato de garantía recíproca.

La primera nota característica o punto de conexión entre el contrato de fianza civil y el contrato de garantía recíproca, se refiere a los tipos de fianza existentes en la legislación chilena y su relación con el contrato de garantía recíproca.

En dicho sentido, cabe recordar en primer término, la principal semejanza y la principal diferencia que existe entre las fianzas civiles y comerciales.

En lo que se refiere a la principal semejanza, cabe precisar que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 478 del código de comercio chileno, la fianza será civil o

⁹¹ Con ello, pretendemos tratar de concertar y analizar cuáles serían los puntos afines que potencialmente podríamos derivar de la relación existente entre el contrato de fianza civil y el contrato de garantía recíproca.

comercial según cómo sea la respectiva obligación principal, sin importan que el fiador respectivo sea o no comerciante.

A contrariu sensu, su principal diferencia se deriva con respecto a su carácter solidaria.

Ello, ya que sólo la fianza comercial -y no la fianza civil- tendrá siempre dicho rasgo. De este modo, el fiador respectivo no contará con los beneficios de excusión y división.⁹²

De otra parte, entendemos necesario tratar de determinar también, qué otras calidades podrían ser atribuidas a la fianza contenida en el contrato de garantía recíproca, ya sea en atención a su origen, al tipo de bienes afianzados y beneficios conferidos por ella.

En cuanto al origen de la fianza

Al respecto, recordemos que en cuanto a su origen, la fianza civil puede ser convencional, legal o judicial.

En efecto, dicha clasificación surge a partir del origen de la obligación asumida por el deudor principal, consistente en tener que rendir fianza la respectiva.

Por otro lado, cabe señalar que a partir del hecho de que la SGR se encuentre privada del denominado “beneficio de excusión”, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2358 número 4 del código civil, compartiría la misma suerte que la denominada fianza judicial.

⁹² En dicho sentido, y no obstante el análisis que en detalle más adelante efectuaremos cuando tratemos los efectos del contrato de garantía recíproca- o también denominado por nosotros como aspectos procesales de dicho contrato- desde ya, cabe reconocer una clara semejanza que el denominado contrato de garantía recíproca presentaría con la fianza comercial, en tanto al igual que aquélla y según lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 14 de la LSGR; “La Institución de Garantía Recíproca no gozará del beneficio de excusión que establece la ley”

En cuanto a la cantidad y tipo de los bienes afianzados

Con relación a la cantidad y tipo de bienes afectos al afianzamiento, la fianza civil se clasifica en fianza personal, fianza hipotecaria y/o fianza prendaria.

En efecto, mediante la fianza personal, el fiador obliga todos sus bienes al cumplimiento de la obligación principal.

Por su parte, tratándose de las fianzas hipotecarias o prendarias, además de obligar todos sus bienes al cumplimiento de la obligación principal, el fiador respectivo constituye una hipoteca o una prenda en favor del acreedor, casos en los cuales, se constituye simultáneamente una garantía personal y otra real, por la misma persona.⁹³

A partir de lo expuesto, cabría preguntarse cuál sería la clasificación aplicable tratándose del contrato de garantía recíproca.

Al respecto, entendemos que a partir del hecho que la SGR se constituya en un tipo social cuya responsabilidad se encuentra limitada, a saber, al monto de las respectivas acciones que conforman su capital o patrimonio social, difícil resultaría encuadrarla en estricto rigor, ya sea como fianza hipotecaria y/o prendaria, y menos como fianza personal, con el correspondiente destino y obligación de todos sus bienes al cumplimiento de la obligación principal.

No obstante lo anterior, concordamos con que lo dispuesto en el artículo 2344 del código civil chileno, en el sentido que si bien la SGR fiadora no podría obligarse en términos más gravosos que el accionista beneficiario o deudor principal, sí podría en cambio, quedar obligada frente al tercero acreedor de una manera más eficaz, a través de la constitución de un gravamen real a su favor, ya sea una prenda, tratándose de bienes muebles, o bien, una hipoteca en el caso de los bienes raíces.

⁹³ Del mismo modo, cabe recordar que el artículo 2344 del código civil chileno, deja en claro que si bien el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, sí podría efectuarlo de una manera más eficaz, por ejemplo con una hipoteca.

A mayor abundamiento, estimamos que dicho gravamen requerirá contar con el necesario acuerdo favorable por parte de la junta de accionistas de la SGR.

En cuanto a los beneficios concedidos por la fianza

En lo que dice relación con los beneficios concedidos, la fianza civil se clasifica en fianza simple y solidaria.

Mientras la primera es aquella que confiere al fiador los beneficios de excusión y de división, en la fianza solidaria en cambio, el fiador queda privado del beneficio de excusión, y si son varios los fiadores solidarios, quedan todos privados del beneficio de división.⁹⁴

Como ya señalásemos, en virtud de la privación del beneficio de excusión al cual se encuentra afecta la SAGR- según lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 14 de la LSGR- claro resulta comprender que dicha fianza tendrá el carácter de fianza solidaria y no de fianza simple.

2. Acerca de los obligados a rendir fianza.

Un segundo punto de conexión que visualizamos entre el contrato de garantía recíproca y el contrato de fianza civil, apunta a la determinación de quiénes estarían obligados a rendir fianza

Al respecto, cabe mencionar que de conformidad a la legislación civil, los obligados a rendir fianza son los siguientes a saber; a) El deudor que así lo ha estipulado con su acreedor. b) El deudor cuyas facultades económicas disminuyan en términos tales de hacer peligrar el cumplimiento de sus obligaciones. c) El deudor de quien haya motivo de temer que se ausente del territorio del Estado con ánimo de establecerse en otra parte, no dejando

⁹⁴ Del mismo modo, cabe precisar que la fianza solidaria presenta la particularidad de ser una caución en la cual se combinan las dos cauciones personales más importantes, como son la fianza y la solidaridad pasiva.

bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones., y finalmente, d) El deudor cuyo fiador se ha tornado insolvente.

En lo que se refiere al contrato de garantía recíproca, creemos que una primera impresión nos podría llevar a concluir que el accionista beneficiario de la SGR no estaría obligado a rendir la fianza, en tanto su situación, no coincide con ninguno de los supuestos de la legislación civil.⁹⁵

No obstante lo anterior, creemos que la hipótesis de la letra a) precedente, a saber, tratándose del deudor que así lo ha estipulado con su acreedor, no resulta del todo excluyente.

Así pensamos, ya que si bien cierto que el contrato de garantía recíproca lo celebra el deudor principal -o beneficiario- con el fiador o SAGR, y por tanto, el acreedor no es parte del contrato, no es menos cierto que la obligación que asume la SAGR de afianzar las obligaciones de sus beneficiarios, se justifica frente al acreedor a partir de dicho acuerdo de voluntades.⁹⁶

En dicho sentido, el contrato de garantía recíproca surgiría como una estipulación indirecta para el acreedor, pero de la cual sin embargo se beneficia.

3. La extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca.

Una tercera nota característica o punto de conexión entre el contrato de fianza civil y el contrato de garantía recíproca, se refiere a sus causales de extinción y a su relación con el contrato de garantía recíproca.

⁹⁵ Y en el entendido que su obligación a fin de cuentas, surge de la celebración del respectivo contrato de garantía recíproca, y no por un mandato legal.

⁹⁶ En otras palabras, la obligación de afianzamiento que asume la SAGR es para el tercero acreedor una verdadera estipulación, de la cual si bien no es parte, no por ello le resulta del todo ajena.

Al respecto, cabe partir por reconocer, que a diferencia de los otros puntos de conexión precedentemente mencionados, en el caso de la extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca, si se señala en la LSGR, una normativa expresa que la regula.

Efectivamente, el artículo 15 de la LSGR regula la extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca al señalar que: “La obligación de la Institución de Garantía Recíproca para con el tercero acreedor se extingue por.....”, y agregando acto seguido, tres letras con causales, a saber, las tres primeras específicas, y la cuarta genérica o supletoria.⁹⁷

Causales específicas de extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca.

El pago de la obligación principal

La primera de las causales específicas de extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca, se encuentra consignada en la letra a) del artículo 15, y se refiere a: “El pago de la obligación principal caucionada.”

Cabe recordar que de conformidad al contrato de fianza civil, si la obligación principal se extingue por el pago, también se extingue la fianza, pero siempre y cuando que el pago respectivo se haya efectuado por el deudor principal, pues si el que paga en cambio, es un tercero- distinto del deudor principal- será él quien se subrogará en los derechos del acreedor, incluyéndose por cierto, su derecho para poder dirigirse en contra el fiador.

⁹⁷ En efecto, el artículo 15 de la LSGR en sus letras a) y b) regula específicamente los casos de extinción por pago, modificación y novación de la obligación principal, y agrega en la letra c) una causal de extinción supletoria, tratándose de aquellas causas de extinción de las obligaciones en general y de las obligaciones accesorias en particular, y la cual, entendemos por defecto, se regirá por las reglas fijadas para la fianza civil.

En efecto, estimamos que la misma regla debe ser aplicada tratándose del contrato de garantía recíproca, esto es, que la fianza en dicho contrato se entenderá extinguida cada vez que su deudor principal o accionista beneficiario pague directamente al tercero acreedor su correspondiente obligación principal afianzada.

De otro lado, si quien paga es el fiador y no el deudor principal, es decir la SAGR y no el accionista beneficiario en el contrato de garantía recíproca, se deberá extinguir obviamente la fianza, pero dicho fiador podrá accionar contra el deudor principal, tal como veremos más adelante, ocurre tratándose con la acción subrogatoria de la cual goza la SAGR en contra del accionista beneficiario, de conformidad al inciso final del artículo 14 de la LSGR.

La modificación o novación de la obligación principal

La segunda causal específica de extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca, se encuentra regulada en la letra b) del artículo 15 y apunta a la: “modificación o novación de la obligación principal, sin intervención y consentimiento de la entidad.”

Al respecto, cabe recordar que el objeto propio de la novación en tanto modo de extinguir las obligaciones distinto al pago, consiste precisamente en extinguir la obligación principal conjuntamente con sus correspondientes accesorios y garantías, y entre ellas, por cierto se encuentra la fianza.

Causal genérica y supletoria de extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca.

En tercer lugar, la letra c) del artículo 15 de la LSGR, nos señala la existencia de una causal genérica de extinción de la fianza, al reconocer que la obligación de afianzamiento asumida por la SGR para con el tercero acreedor, se extinguirá también por: “Las causas de extinción de las obligaciones en general y las obligaciones accesorias en particular.”

Cabe recordar que la fianza civil al igual que la prenda y la hipoteca, podrá extinguirse ya sea por vía principal, o bien, por vía consecencial.

En el primero de los casos, es decir tratándose de la extinción por vía principal, subsistirá la obligación principal.

En el segundo caso en cambio, la fianza se extinguirá como consecuencia de haberse extinguido la obligación principal.⁹⁸

Con respecto al caso del contrato de garantía recíproca, cabe preguntarse cuál es el alcance de ésta causal genérica de extinción de su fianza, referente a “Las causas de extinción de las obligaciones en general y las obligaciones accesorias en particular.”

Para tal efecto, y a vía meramente ilustrativa, estimamos necesario analizar cuáles podrían ser las peculiaridades que cabría observar en el contrato de garantía recíproca, con respecto a los siguientes modos de extinguir las obligaciones, a saber; dación en pago, compensación, remisión y confusión.

La dación en pago.

Con respecto a la dación en pago en el contrato de fianza civil, el artículo 2382 del código civil establece que si entre el deudor principal y el acreedor respectivo opera una dación en pago, en virtud de la cual el primero entrega al segundo un objeto distinto al primitivamente adeudado, la fianza se extinguirá irrevocablemente.

Al no estar regulado específicamente esta materia tratándose del contrato de garantía recíproca, estimamos que por una aplicación supletoria de las normas del código

⁹⁸ En el caso de la fianza civil, los artículos 2381 a 2383 del código civil chileno, son los encargados de regular la extinción de la fianza. En efecto, el artículo 2381 encabeza dicha regulación asentado el principio de que la fianza se extingue por los mismos medios que las otras obligaciones, y agregando además tres situaciones particulares de extinción como lo son : a) El relevo de la fianza; b) Los casos en que se interpone la excepción de subrogación; y c) Aquéllas situaciones en que se extingue la obligación principal total o parcialmente.

civil, se debería entender extensivo el mismo efecto, es decir que la fianza prestada por la SAGR se extinguirá irrevocablemente una vez que el deudor principal o beneficiario, entregue al tercero acreedor un objeto distinto al cual la SAGR se haya comprometido originalmente en virtud de su labor de afianzamiento.

A mayor abundamiento, entendemos que nuestra postura se refuerza con lo ya analizado en la letra b) del artículo 15, y en donde tratándose de la modificación o novación de la obligación principal, se agrega la frase “sin intervención y consentimiento de la entidad”, lo cual a nuestro entender, sustentaría la posibilidad de acuerdos directos entre el beneficiario y el tercero acreedor, destinados a extinguir la obligación principal.

La compensación.

Al respecto, creemos que al igual que en el contrato de fianza civil, si se extingue la obligación principal en el contrato de garantía recíproca por compensación, la fianza debería seguir igual suerte.

La remisión.

En tercer lugar, y con respecto a la remisión, cabe recordar que si el acreedor en el contrato de fianza civil remite o condona la obligación principal, la fianza también se extinguirá.⁹⁹

⁹⁹ De otra parte, respecto a la liberación de la fianza hecha voluntariamente por el acreedor, o también denominada como “relevo de la fianza”, cabe señalar que si bien ella es una verdadera remisión, según lo dispuesto en el artículo 1397 del código civil, no constituirá donación, a menos que el deudor principal se encuentre en un estado de insolvencia.

La confusión.

Finalmente, y con respecto a la confusión en tanto modo de extinguir las obligaciones, entendemos que al contrato de garantía recíproca también le resultará aplicable la misma regla que la dispuesta al efecto para el contrato de fianza civil, es decir que si se llegasen a confundir las calidades de acreedor y de deudor principal, se deberá extinguir la fianza prestada por la SAGR.

A mayor abundamiento, estimamos que en los dos casos de excepción dispuestos en el contrato de fianza civil para la confusión, es decir cuando sólo la fianza se extingue y subsiste por tanto la obligación principal, es en donde resulta aún más interesante su aplicación para el contrato de garantía recíproca.¹⁰⁰

En efecto, estimamos que estos dos casos de excepción resultan especialmente interesantes para el contrato de garantía recíproca, a partir de la posibilidad efectiva que concede la LSGR chilena, a objeto de que la SAGR se constituya bajo la modalidad de una sociedad anónima abierta.

De ser así en la praxis, entendemos que ambos casos de excepción podrían darse efectivamente.

De hecho, si la banca chilena en algún minuto llegase a constituirse en el accionista mayoritario o controlador de la SAGR, se confundirían las partes acreedora y fiadora de la SAGR. Por otro lado, si los accionistas beneficiarios vendiesen toda su participación social a la SAGR, los roles de deudor principal y fiador dejarían de existir por confusión con todas las consecuencias jurídicas ya señaladas.

¹⁰⁰ Efectivamente, en el caso de la fianza civil y confusión, dos son los casos en los cuales sólo se extingue la fianza y subsiste la obligación principal, a saber; por una parte, cuando se confunden las calidades de acreedor y fiador-y en este caso, el fiador pasará a ser nuevo acreedor-, y por otra, cuando se confunden las calidades de deudor principal y fiador-caso en el cual la obligación principal subsiste pero carente de garantía, salvo que hubiere subfiador, en cuyo caso, y según lo dispuesto en el artículo 2383 del código civil chileno, excepcionalmente el subcontrato subsistirá, no obstante haberse extinguido el contrato base o fianza.

4. Efectos del contrato de fianza y su relación con los aspectos procesales del contrato de garantía recíproca.

La cuarta y última nota característica, o punto de conexión entre el contrato de fianza civil y el contrato de garantía recíproca, se refiere a los efectos de la fianza y a su relación con los aspectos procesales del contrato de garantía recíproca.

Al respecto, cabe recordar que tratándose del contrato de fianza civil, sus efectos admiten ser analizados a partir desde tres puntos de vista o perspectivas como lo son, efectos entre acreedor y fiador, efectos entre el fiador y el deudor principal, y finalmente efectos entre los co-fiadores.

En el caso del contrato de garantía recíproca, entendemos que por ser el deudor principal y el fiador sus partes contratantes, sólo a ellos les resultarán aplicables los efectos surgidos entre el fiador (SAGR) y el deudor (accionista beneficiario). Por lo mismo, es que ahí abocaremos nuestro estudio en dos momentos diferentes, a saber, antes y después que la SAGR efectúe el pago al tercero acreedor.

Es más, cabe agregar que dichos efectos entre beneficiarios y SAGR, coinciden con lo que hemos denominado como “aspectos procesales del contrato de garantía recíproca”, y que trataremos a continuación.

Así lo estimamos, al considerar que la propia la LSGR- en su artículo 14- se encarga de entregarnos todo un procedimiento a seguir, una vez que la SAGR ya ha efectuado el pago al tercero acreedor, todo ello, a objeto de dar fiel cumplimiento a la obligación de afianzamiento previamente adquirida con ocasión de la celebración del contrato de garantía recíproca.¹⁰¹

¹⁰¹ Lo anterior sin embargo, no obsta a comprender que en todo aquello relativo a los efectos de la fianza del contrato de garantía recíproca antes de efectuar el pago por parte de la SAGR al acreedor, y que al no estar regulado específicamente por la LSGR, si se le aplique vía supletoria, la normativa dispuesta al efecto para el contrato de fianza civil.

II.-Aspectos procesales del contrato de garantía recíproca

Tal como enunciásemos previamente, en el caso del contrato de garantía recíproca, sus aspectos procesales se relacionan con los efectos de dicho contrato, y en particular, apuntan al análisis de los efectos que dicho contrato genera entre el fiador y el deudor principal, antes y después que el primero ha efectuado el pago de la obligación afianzada al acreedor respectivo.

A partir de lo anterior, es que entendamos necesario analizar los efectos que produce el contrato de garantía recíproca entre el fiador y el deudor principal, en dos momentos distintos como lo son; antes y después que el primero pague al acreedor.

Efectos entre el fiador y el deudor principal, antes de efectuado el pago por el primero.

Al respecto, lo primero que cabe por reconocer, es el vacío en el cual incurre la LSGR chilena, ya que tratándose de los efectos que genera el contrato de garantía entre el fiador y el deudor principal, antes de efectuado el pago por el primero, no existe reglamentación específica ni regulación particular al efecto.

Por tal motivo, es que debemos recurrir a los efectos que en su defecto genera el contrato de fianza civil, a objeto de vislumbrar una eventual aplicación supletoria de su normativa.

En dicho sentido, lo primero que cabe analizar, es si resultarían o no aplicables al contrato de garantía recíproca, los derechos que el código civil chileno, y el contrato de fianza en particular, conceden al fiador, antes de que éste efectúe el pago en favor del acreedor correspondiente.

En efecto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2369 del código civil chileno, tres son los derechos con los cuales cuenta el fiador, antes de efectuar el pago al acreedor, a saber;¹⁰²

- a. El primero de los derechos concedidos al fiador, consiste en obtener de parte del deudor principal el relevo de la fianza¹⁰³, es decir, que consiga que el deudor principal realice todas aquellas gestiones que resulten necesarias ante el acreedor, para que éste último libere al fiador de la fianza. Al respecto, cabe señalar que en el contrato de fianza civil, quien releva es el acreedor y no el deudor principal, ello ya que en dicho contrato, el deudor principal no es parte en el contrato de fianza, y ésta por tanto, no podría alzarse sin el consentimiento del acreedor. En el caso del contrato de garantía recíproca en cambio, el deudor principal o beneficiario si es parte del contrato, razón por la cual, estimamos que este primer derecho de relevación no podría serle aplicable.

- b. El segundo derecho con que cuenta el fiador antes de efectuar el pago al acreedor, consiste en que el deudor principal caucione las resultas de la fianza, es decir, que se constituya por parte del deudor principal una garantía a favor del fiador, para el caso que éste último pague al acreedor y exija el reembolso al deudor principal. Dichas cauciones podrán ser reales o personales. Ahora bien, si la garantía dada por el deudor principal fuere una fianza, la doctrina habla de “contrafianza”, tal como podríamos entender ocurre con la contragarantía que el deudor principal o beneficiario, otorga en virtud del contrato de garantía recíproca en favor de la SAGR.

- c. El tercer y último derecho con que cuenta el fiador, consiste en que el deudor principal le consigne judicialmente medios de pago al acreedor, es decir, que el deudor principal le consigne al acreedor el dinero necesario

¹⁰² Sea que se trate de la fianza civil o mercantil, legal, judicial o convencional, gratuita o remunerada.

¹⁰³ Según el Diccionario de la RAE, relevar significa, entre otras cosas, “exonerar de un peso o gravamen”.

para pagar su obligación. Al respecto, estimamos que éste tercer derecho tampoco podría ser aplicado en el caso del contrato de garantía recíproca, ya desvirtuaría la labor de intermediación que necesariamente debe efectuar la SAGR entre sus respectivos acreedores y los accionistas beneficiarios.

Finalmente, cabe recordar que tratándose del contrato de fianza civil, el fiador podrá pedir a su arbitrio cualquiera de los tres derechos señalados, siempre y cuando nos encontremos frente a alguno de los supuestos señalados en el artículo 2369 del código civil¹⁰⁴, y se haya cumplido por parte de tanto el fiador como del deudor principal, de la obligación de dar aviso al otro del pago que pretenden efectuar al acreedor respectivo.

Efectos entre el fiador y el deudor principal, después de efectuado el pago por el primero.

En el contrato de fianza civil, una vez que el fiador efectúa el pago, como efecto nace para él una facultad para dirigirse en contra el deudor principal, en tanto éste y no el fiador, es quien en definitiva debe cargar con la extinción de la obligación.

Para tal objeto, el código civil confiere dos acciones al fiador como lo son, por una parte, la denominada acción de reembolso y por otra, la llamada acción subrogatoria en los derechos del acreedor.¹⁰⁵

¹⁰⁴ En concreto, los casos señalados en el artículo 2369 del código civil chileno, y que por tanto habilitan para que el fiador ejerza a su arbitrio cualquiera de los tres derechos referidos precedentemente son los siguientes, a saber; 1) Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes: se justifica lo anterior, porque la conducta del deudor principal puede provocar su quiebra o insolvencia; 2) Cuando el deudor principal se obligó a obtener el relevo de la fianza en cierto plazo y éste se ha cumplido: estamos sencillamente ante una aplicación del artículo 1545 del código civil chileno; 3) Cuando se ha cumplido la condición o vencido el plazo que haga exigible la obligación principal: en tales casos, existe un peligro concreto de que el acreedor demande al fiador. 4) Cuando hubieren transcurrido más de 5 años desde el otorgamiento de la fianza (y no desde que nazca la obligación principal); 5) Finalmente, cuando exista temor fundado de que el deudor se fugue y no deje bienes raíces suficientes para el pago de la deuda: cabe destacar que la ley alude a los bienes raíces; por lo tanto, si el deudor principal hubiere dejado bienes muebles suficientes, el fiador igual podrá hacer uso de los derechos conferidos por el artículo 2369.

¹⁰⁵ Eventualmente, podrá interponer una tercera acción, cuando la fianza se hubiere otorgado por encargo de un tercero, pues entonces el fiador podrá dirigirse contra su mandante.

En el caso del contrato de garantía recíproca en cambio, los efectos entre el fiador y el deudor principal, después de efectuado el pago por parte de la SAGR, se regulan de una manera diferente a partir de lo dispuesto en el artículo 14 de la LSGR.

En efecto, y no obstante que el inciso final del artículo 14 de la LSGR reconozca a la SAGR una acción de subrogación, entendemos que el contrato de garantía recíproca centra sus efectos posteriores al pago de la obligación por parte de la SAGR fiadora, más que en la concesión de acciones para el fiador, en la forma o modo que la SAGR puede hacer frente, o en su caso, continuar con su obligación de pago al tercero acreedor respectivo.

A mayor abundamiento, el inciso primero del artículo 14 parte por reconocer la regla general en esta materia, al señalar que: “si el beneficiario no cumpliere con las obligaciones afianzadas por la Institución de Garantía Recíproca, ésta procederá al pago de ellas, pudiendo optar entre...:”

De este modo, la LSGR reconoce el principal efecto del contrato de garantía recíproca una vez que la obligación ha sido pagada por el fiador o SAGR, consistente precisamente en el pago que efectúa la SAGR de aquellas obligaciones de sus terceros beneficiarios, surgidas con ocasión del respectivo incumplimiento de su obligación de pago.

Por otro lado, los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 14, nos entregan las tres opciones que la SAGR en su calidad de fiadora podrá adoptar, a objeto de hacer frente al pago ya efectuado al acreedor.

La primera de las alternativas la entrega el inciso segundo del artículo 14, cuando en su letra a) señala que la SAGR podrá: **“continuar con el calendario y demás modalidades de pago pactadas originalmente por el beneficiario con el acreedor”**.

Para este primer caso, agrega la LSGR que si “la entidad o SAGR pagare las deudas o cuotas vencidas a la fecha del requerimiento, dentro de los 30 días que siguen a éste, la cláusula de aceleración de la deuda que se hubiere pactado entre el acreedor y el deudor principal o beneficiario, no se aplicará a la entidad, mientras ésta cumpla, en lo sucesivo, con la obligación afianzada en la forma pactada.”

La segunda opción en cambio, se regula en la letra b) del inciso tercero del artículo 14, al facultar que la SAGR pueda: **“pagar el saldo insoluto de la obligación, en forma anticipada, de conformidad con el contrato respectivo o las disposiciones legales aplicables.”**

Finalmente, la tercera manera como la SGR puede afrontar su obligación de pago, se encuentra establecida en la letra c) del inciso cuarto del artículo 14, y consiste en la posibilidad que tiene la SAGR de poder: **“pactar, de común acuerdo con el acreedor, modalidades distintas de pago.”**

Ahora bien, cabe agregar que independientemente de la forma u opción que asuma la SAGR, de conformidad al inciso quinto del artículo 14 de la LSGR, el acreedor respectivo deberá requerir de pago de la entidad o SAGR dentro de un plazo de seis meses siguientes al incumplimiento de la obligación por parte del accionista beneficiario, y dicho requerimiento, deberá efectuarse por notario público o bien mediante carta certificada dirigida al domicilio de la institución o SGR afianzadora.

Acción de reembolso y Acción subrogatoria en el contrato de garantía recíproca

Una vez analizada la forma o manera como la LSGR regula de manera general el tema de los efectos del contrato de garantía recíproca, cabe preguntarse por ahora, si resultarían o no aplicables a dicho contrato, los otros efectos propios del contrato de fianza civil una vez ya efectuado el pago al tercero acreedor, es decir, si resultarían o no aplicables al contrato de garantía recíproca, las denominadas acción de reembolso y acción subrogatoria.

La Acción de reembolso

Con relación a la acción de reembolso del contrato de fianza civil, lo primero que cabe señalar es que se trata de una acción personal, que emana del contrato de fianza y que se encuentra consagrada en el artículo 2370 del código civil chileno.

Se le puede definir, como aquella acción que la ley confiere al fiador, para obtener del deudor principal el reembolso de todo lo pagado por el primero al acreedor.

A mayor abundamiento, y tal como se desprende de su concepto, el fundamento de la acción de reembolso se debe buscar en el mandato o gestión de negocios que vincula al fiador con el deudor principal, sea que se trate de una fianza conocida o bien, una fianza desconocida por éste.

De ahí que el objetivo de la acción de reembolso sea el poder asegurar que el fiador resulte íntegramente resarcido de los gastos y perjuicios en que hubiere incurrido, a consecuencia del pago efectuado al acreedor.

Ahora bien, y con respecto al contrato de garantía recíproca, cabe preguntarse si la acción de reembolso resultaría o no aplicable a dicho contrato, o en otras palabras, si la SAGR en su calidad de fiadora de las obligaciones asumidas previamente por sus accionistas beneficiarios o deudores principales, contaría o no también, con una acción personal emanada del contrato de garantía, y que le permita obtener el pleno resarcimiento de lo que ella haya pagado al tercero acreedor, en cumplimiento de su obligación de afianzamiento.

Al respecto, creemos que la SAGR no contaría con una acción de ésta naturaleza.

Así lo estimamos, no sólo por que la LSGR no lo dispuso expresamente, sino que además, a partir de la consideración que la propia ley en el inciso sexto del artículo 14, privó expresamente a la SAGR afianzadora del beneficio excusión, por lo cual, creemos

que si no dotó a la SAGR con dicho beneficio, menos podría entenderse como autorizada con una acción personal en contra del accionista beneficiario.¹⁰⁶

Lo anterior, si embargo, no obsta para reconocer que en el pago que efectúa la SAGR al tercero acreedor, se podrían darse todos y cada uno de los requisitos exigidos por el código civil chileno para que el fiador pueda gozar de la acción de reembolso en contra del deudor principal, o beneficiario.¹⁰⁷

La Acción subrogatoria.

Para el contrato de fianza civil, se entiende por acción subrogatoria,¹⁰⁸ a aquella acción que confiere la ley al fiador que paga, de manera tal que pasa a ocupar la posición o lugar jurídico del acreedor, y en virtud de lo cual, podrá impetrar ante el deudor principal, los mismos derechos que podría haber invocado el acreedor.

Tratándose del contrato de garantía recíproca, a diferencia de lo que ocurre con la acción de reembolso, si existe una regulación legal expresa en esta materia.

En efecto, el inciso final del artículo 14 de la LSGR otorga a la SAGR afianzadora, una acción subrogatoria en contra del respectivo accionista beneficiario o deudor principal, al señalar que: “sin perjuicio de lo establecido en el N° 3° del artículo 1610 del Código Civil en virtud del pago de todo o parte de la fianza comprometida, la Institución de Garantía Recíproca se subrogará en los derechos respectivos del acreedor, de conformidad a los contratos que ligen a las partes y a su calidad de fiador, pudiendo hacer exigible el valor total de la fianza otorgada al deudor principal y a sus codeudores o avalistas,

¹⁰⁶ Todo lo anterior, lo entendemos no obstante si reconozcamos que en estricto rigor del contrato de garantía recíproca, y en tanto acuerdo de voluntades destinado a generar derechos y obligaciones, si podrían nacer o derivarse acciones personales.

¹⁰⁷ En efecto, cabe recordar que los requisitos exigidos por el código civil chileno para que el fiador pueda entablar la acción de reembolso, son los siguientes, a saber; 1) Que el fiador haya pagado al acreedor. 2) Que el pago haya sido útil. 3) Que el fiador no esté privado de acción, y finalmente, 5) Que la acción se haya entablado oportunamente.

¹⁰⁸ Dicha acción se encuentra contemplada en el artículo 1610 Número 3 del código civil chileno, y regula los casos de pago con subrogación legal.

cualesquiera que sean las modalidades con que la referida Institución pague las obligaciones afianzadas.”

Ahora bien, y a pesar de la regulación expresa que efectúa la LSGR con respecto a la acción subrogatoria, cabe preguntarse si existirían o no aspectos particulares de dicha acción, que no habiendo sido regulados por la LSGR, si admitirían por tanto, ser analizados a la luz de una eventual aplicación supletoria del contrato de fianza civil.

Derechos en que se subroga el fiador.

El primer aspecto particular, se refiere a los derechos que la acción subrogatoria conferiría a la SAGR afianzadora.

Al respecto, cabe recordar que tratándose del contrato de fianza civil, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1612 del código civil chileno, los efectos de la acción subrogatoria consisten en que el crédito pasa a manos del fiador con los mismos privilegios y garantías con que existía en el patrimonio del acreedor.

Ahora bien, lo anterior no obsta para reconocer que dicha acción subrogatoria comprende solamente el monto de lo que el fiador pagó al acreedor, y mediante ella, no podría demandar el fiador el pago de los gastos, ni los intereses ni los perjuicios eventuales, ya que dicho conceptos, y de conformidad a la legislación civil, deben necesariamente reclamarse a través de la interposición de la acción de reembolso.¹⁰⁹

A mayor abundamiento, la LSGR recoge esta misma circunstancia para el contrato de garantía recíproca, cuando señala que la SAGR podrá hacer exigible el valor total de la fianza otorgada al deudor principal.

¹⁰⁹ A partir de lo anterior, es que pueda sostenerse que la acción subrogatoria es una acción más restringida que la acción de reembolso.

Finalmente, cabe recordar que si el pago efectuado por el fiador fuese parcial, la subrogación seguirá la misma suerte, gozando en consecuencia el acreedor de preferencia para obtener el pago del saldo insoluto.

Contra quien puede dirigirse la acción subrogatoria.

El segundo aspecto particular, guarda relación contra quien podría dirigirse la acción subrogatoria.

Recordemos que de conformidad al artículo 1612 del código civil, el fiador en la acción subrogatoria se encuentra habilitado para demandar a; 1) El deudor principal, 2) A los codeudores solidarios, y 3) A los cofiadores.

En el caso del contrato de garantía recíproca, la LSGR también reconoce a la SAGR este derecho tendiente a poder demandar a más de un obligado, al facultarla para poder hacer exigible el valor total de la fianza otorgada, junto lógicamente al deudor principal, a sus respectivos codeudores o avalistas.

Al respecto, estimamos necesario hacer una distinción, en tanto las situaciones son diferentes según se trate del caso de codeudores en el contrato de garantía recíproca, y de aquéllos que adicionalmente revistan la calidad de solidarios.

En efecto, resulta necesario distinguir, ya que si por un lado, se afianzó a todos los codeudores solidarios, no cabría duda que resultaría procedente entablar la acción por el total contra cada uno de ellos, persistiendo en consecuencia la solidaridad.

Si en cambio, sólo se afianzó a uno de los codeudores solidarios y no a todos, podría demandársele el total a éste, y a los demás codeudores al no ser solidarios, sólo se les podrá exigir su parte o cuota en la deuda, todo ello, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 2372 y 1522 del código civil chileno.

Prescripción de la acción subrogatoria.

El tercer y último aspecto particular, apunta a la determinación de cuál sería el momento preciso a partir del cual debe entenderse que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción subrogatoria en el contrato de garantía recíproca.

Para el caso del contrato de fianza civil, algunas sentencias de tribunales chilenos han concluido que el plazo comienza a correr desde que el fiador haya hecho el pago, fundamentándose en la circunstancia que con anterioridad a dicho pago, el fiador no tendría el carácter de acreedor.

El privilegio de los créditos afianzados

Finalmente, cabe reconocer una característica especial que alcanza a los créditos que resulten afianzados en virtud del contrato de garantía recíproca, consiste en el privilegio con el cual se encuentran beneficiados.

En efecto, de conformidad al inciso cuarto del artículo 12 de la LSGR: “Los créditos afianzados en la forma establecida por la presente ley gozarán del privilegio establecido por el artículo 2481, N° 1°, del Código Civil.”

D.8.- El certificado de fianza material e inmaterial.

I.-Aspectos sustantivos del certificado de fianza

Una vez superado el análisis del contrato de garantía recíproca, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, corresponde abocarnos al estudio particular del instrumento jurídico que ha dispuesto la LSGR para materializar al sistema de garantías.

Dicho instrumento se haya constituido bajo la forma de un certificado, y ha sido denominado por la ley como certificado de fianza, a partir de lo dispuesto en sus artículos 2 la letra c) y artículos 12 y 13 de la LSGR.

En efecto, y tal como enunciásemos anteriormente cuando estudiamos los aportes conceptuales de la LSGR¹¹⁰, su artículo 2 letra c), define al certificado de fianza al señalar que por éste debemos entender a aquél certificado: “otorgado por la Institución mediante el cual se constituye en fiadora de obligaciones de un beneficiario para con un acreedor”.

Del concepto descrito, se desprende la función materializadora del certificado de fianza, en tanto, es a partir de su correspondiente emisión por parte de la SGR, que el afianzamiento que dicha sociedad asume, se pueda entender como acreditado efectivamente frente a no sólo los propios accionistas beneficiarios, sino que asimismo que frente a los terceros acreedores, y por lo mismo es que dicha obligación de afianzamiento se encuentra constituida y validada por parte de la SGR afianzadora.

Ahora bien, lo anterior no obsta a seguir entendiendo que el contrato de garantía es consensual, y que por tanto se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, a saber, beneficiario y la SGR.

En dicho sentido, el certificado de fianza más que cumplir una labor en el perfeccionamiento mismo de la labor de afianzamiento, lo que hace es constituir una prueba frente tanto a los propios beneficiarios, como asimismo respecto a los terceros acreedores.¹¹¹

A partir de lo expuesto, es que se comprendan los términos utilizados por la LSGR al regular el certificado de fianza, cuando señala en su artículo 12 que: “ La garantía que la Institución de Garantía Recíproca otorgue a sus beneficiarios se extenderá mediante la emisión de uno o más Certificado de Fianza, en el cual se consignará la individualización

¹¹⁰ Vid. supra, página 49 y ss.

¹¹¹ En consecuencia, mediante el certificado de fianza se cuenta con una acreditación de la obligación de afianzamiento asumida previamente por parte de la SGR en virtud del contrato de garantía recíproca.

de la entidad, del afianzado y del acreedor, la singularidad de las obligaciones afianzadas y el monto determinado o determinable al cual se extienda la fianza, sin perjuicio de los documentos o menciones adicionales que las partes convengan.”

De los términos descritos, se avala nuestra opinión, en el sentido que la garantía o labor de afianzamiento que asume la SGR en virtud del contrato de garantía recíproca, se materializa a partir de la emisión de uno o más certificados de fianza, y en los cuales se de cuenta de no sólo las partes involucradas, a saber; SGR, beneficiario y tercero acreedor, sino que asimismo, se entrega una determinación singularizada de cuál o cuáles son en concreto las obligaciones afianzadas, y a cuánto asciende su monto determinado o bien determinable.¹¹²

Ahora bien, junto a la labor de acreditación que como dijimos cumple el certificado de fianza, el artículo 12 de la LSGR reitera la labor propia de afianzamiento que asume la SGR con motivo de su emisión, al señalar que: “El beneficiario quedará obligado frente a la entidad por los pagos que ésta efectúe en cumplimiento de las obligaciones garantizadas.”

Finalmente, cabe hacer mención a dos referencias efectuadas por los incisos antepenúltimo y final del artículo 11 de la LSGR, tratados a propósito del contrato de garantía recíproca, y que en su conjunto, le entregan una inusual autonomía al certificado de fianza.

En efecto, la primera de la referencias, la efectúa el inciso antepenúltimo del artículo 11, al señalar que: **“No obstante lo señalado en este artículo, de conformidad con su estatuto, la entidad podrá otorgar certificados de fianza sin la existencia de contragarantías.”**

¹¹² Con la expresión determinable, entendemos que la LSGR se está refiriendo al caso de obligaciones cuyo monto preciso es posible obtener a partir de su individualización en unidades monetarias, tal como lo es la Unidad de Fomento (UF), de continua utilización en Chile, y cuyo monto variable diariamente, alcanza en la actualidad una suma aproximada de 35 dólares.

Al respecto, estimamos que esta referencia admitiría una doble interpretación;

La primera interpretación, consistiría en comprender que más que certificados de fianza, lo que la entidad o SGR podrá otorgar sin la existencia de contragarantías, serían contratos de garantía recíproca.¹¹³

Una segunda interpretación en cambio, consiste en comprender que efectivamente el artículo 11 se está refiriendo a los certificados de fianza, tal como se expresa literalmente.

De ser así, es decir que la LSGR se está refiriendo a los certificados de fianza, deberemos concordar dichos términos con la segunda referencia efectuada al certificado de fianza, contenida en el inciso final del artículo 11 de la LSGR cuando señala que: “En ningún caso la inexistencia de este contrato, su cumplimiento o incumplimiento o los vicios o errores que éste contuviere, relativos a su formalización, suscripción o contenido, afectarán la validez del certificado de fianza, ni sus efectos contra la entidad o terceros.”

Cabe recordar que las dos referencias analizadas, se encuentran insertas en la regulación que la LSGR otorga para el ya analizado contrato de garantía recíproca, al ser dicho acuerdo de voluntades la fuente de origen contractual de donde emana en definitiva la obligación de afianzamiento asumida por la SGR.

Por dicho motivo, es que no deja de ser sorprender la gran autonomía con que el artículo 11 dota al certificado de fianza, ya que tanto frente a la falta de las necesarias contragarantías de los beneficiarios- en el inciso antepenúltimo, como asimismo también frente a la inexistencia, incumplimiento, vicios e incluso errores relativos a su formalización, suscripción o contenido, y que afectasen al propio contrato de garantía recíproca, el o los certificados de fianza que se hayan emitido al efecto,- de conformidad al inciso final del artículo 11- no verán afectada su validez o efectos, ya sea contra la propia SGR, o bien en su relación con los terceros acreedores.

¹¹³ Ello a partir de su ubicación en la LSGR y de la frase inicial “no obstante lo señalado en este artículo.”

La inmaterialidad del certificado de fianza.

Cuando iniciamos nuestra investigación, dijimos que el mensaje presidencial,¹¹⁴ entendía que una de las grandes soluciones esperadas en Chile a través de la puesta en marcha del nuevo sistema de garantías recíprocas, consistía en el poder avanzar en el diseño de mecanismos que permitieran una mayor flexibilidad en el uso de las garantías ya existentes en el ordenamiento jurídico chileno, con el fin de ampliar las fuentes de financiamiento de las empresas.

Del mismo modo, señalamos que dicho mensaje agregaba que: “.....A través de estas sociedades- refiriéndose a las SAGR- los empresarios pueden organizarse para administrar un sistema de garantías de general aceptación entre los agentes financieros, que les permite superar las dificultades antes señaladas. De este modo, los beneficiarios del sistema obtienen mejores y más flexibles cauciones, mejorando así las condiciones de acceso al crédito y a servicios adicionales que son propios de la actividad que desarrollan”.

Al respecto, creemos que una de las principales maneras de poder llevar a cabo dicha flexibilización pretendida, se constituye precisamente a partir de la incorporación en la LSGR, de la denominada inmaterialidad del certificado de fianza.

Dicha inmaterialidad, surge a partir de lo dispuesto en el artículo 13 de la LSGR, cuando dispone que : “El certificado de fianza podrá emitirse por medios inmateriales, sin que sea necesaria la impresión de una lámina física en la que conste la fianza respectiva a efectos de su constitución, entrega, archivo o cobro, pero en tal caso, los certificados emitidos bajo esta modalidad, deberán depositarse en un depósito centralizado de valores autorizado por la ley N° 18.876,¹¹⁵ o en una institución financiera autorizada para ejecutar este tipo de comisiones”.

¹¹⁴ Mensaje de S.E el Presidente de la República con el cual se inició el proyecto de ley para establecer en Chile **un marco legal para la constitución y operación de sociedades de garantía recíproca**. (boletín N° 3627-03). Ob., cit

¹¹⁵ Ley Núm. 18.876, que “Establece el marco legal para la Constitución la Constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores”, publicada en el Diario Oficial de 21 de diciembre de 1989. Disponible en internet en el mes de octubre de 2008 en www.bcn.cl

A partir de lo expuesto, se desprende esta posibilidad cierta, consistente en el hecho que el certificado de fianza pueda emitirse por parte de la SGR, sin que resulte necesario la impresión material o física del mismo para dar cuenta de su existencia o constitución, ni tampoco para efectos de su entrega, archivo, e incluso su eventual cobro a los beneficiarios o deudores principales.

Ahora bien, tampoco se puede dejar de precisar y reconocer que dicha emisión inmaterial presenta una serie de requisitos o limitaciones para que se lleve a cabo.

En efecto, la primera de las limitaciones consiste en que los certificados emitidos bajo dicha modalidad, deberán necesariamente depositarse en un depósito centralizado de valores autorizado por la ley N° 18.876,¹¹⁶ o bien en una institución financiera que se encuentre autorizada para ejecutar este tipo de comisiones.¹¹⁷

Por otro lado, el inciso segundo del artículo 13 de la LSGR, nos entrega un segundo requisito o limitación, consiste en una medida de resguardo y certeza tanto para los propios beneficiarios como asimismo para sus terceros acreedores, al señalar que: “Las Instituciones de Garantía Recíproca que opten por utilizar la emisión inmaterial señalada en este artículo, deberán solicitar la apertura de una cuenta destinada al depósito de dichos certificados y al registro de los beneficiarios y sus respectivos acreedores, en la entidad en que depositen el Certificado de Fianza”.

¹¹⁶ De conformidad al artículo 1° de la ley 18.876; “Las empresas de depósito de valores que esta ley regula, en adelante las empresas o la empresa, se constituirán como sociedades anónimas especiales, **y tienen como objeto exclusivo recibir en depósito valores de oferta pública de las entidades a que se refiere el artículo 2°** y de facilitar las operaciones de transferencia de dichos valores, de acuerdo a los procedimientos contemplados en esta misma ley. Asimismo, las empresas de depósito podrán realizar las actividades complementarias al objeto antes señalado que determine la Superintendencia de acuerdo a norma de carácter general”.

¹¹⁷ Cabe señalar que el artículo 2° de la ley 18.876 se encargó de precisar cuáles entidades podrían ser depositantes, dentro de las cuales y de conformidad a su letra f) se encuentran: “ Los bancos, sociedades financieras y demás instituciones autorizadas para operar en Chile, de acuerdo a la Ley General de Bancos e Instituciones Financieras.” A partir del hecho que la SGR se encontraría incluida dentro de la letra f) del artículo 2° de la ley 18.876, es que estimemos que ella se constituiría en una institución financiera válida, y por tanto, autorizada para ejecutar el tipo de comisiones exigido por la LSGR .

Finalmente, encontramos un tercer requisito que delimita tanto la naturaleza representativa, como asimismo el grado de responsabilidad que se encuentran insertos en el depósito centralizado de los certificados de fianza inmateriales.

Por una parte, y en lo que guarda relación con delimitación de su naturaleza representativa, la LSGR resguarda los intereses de los propios beneficiarios de los certificados de fianza inmateriales, al señalar que: “No obstante lo anterior, en el caso que los beneficiarios de dichos certificados así lo requieran, la entidad deberá solicitar la apertura de cuentas individuales a nombre de aquéllos.”

De otro lado, el inciso cuarto del artículo 13 de la LSGR precisa el grado de responsabilidad que le atañe a la SGR en las operaciones de depósito surgidas con ocasión de la emisión inmaterial de certificados de fianza, al señalar que: “Las operaciones que se realicen para el otorgamiento de la fianza serán efectuadas por cuenta de la entidad, quien será la obligada por los instrumentos respectivos.”

El certificado de fianza material

Ahora bien, y no obstante la posibilidad expuesta sobre emisión inmaterial de los certificados de fianza, entendemos que su impresión en lámina física seguirá constituyéndose en una vía de frecuente utilización.

En dicho sentido, estimamos que si bien es cierto la inmaterialidad del certificado de fianza, se constituye en un importante avance en materia de flexibilización de las garantías tradicionales existentes en el sistema jurídico chileno, no por ello, necesariamente se constituirán en la única y exclusiva forma para dicho instrumento.

Por dicha razón, comprendemos que el inciso final del artículo 13 reitera dicho postulado, al señalar que: “Con todo, si por alguna razón legítima fuere requerida la impresión física de un documento en el que conste la fianza, éste contará con las características necesarias para impedir su falsificación y los costos de impresión serán de

cargo del requirente. El Certificado impreso deberá llevar la firma del gerente de la empresa depositaria o de quien éste designe, será nominativo, no negociable y tendrá igualmente mérito ejecutivo para su cobro, a cuyo efecto podrá transferirse como valor en cobro.”

Como epílogo a la importancia de la materialidad del certificado de fianza, creemos que no resulta reiterativo ni redundante recordar nuevamente en este acápite, las palabras textuales expuestas en el mensaje presidencial, cuando señala que: “Cabe hacer presente que el sistema propuesto permitirá que, con cargo a los aportes de capital del accionista beneficiario y de las contragarantías que rinda, se pueda emitir uno o más Certificados de Garantía, con los cuales el aportante podrá garantizar obligaciones ante uno o más acreedores. **El alzamiento de la fianza, así como la transferencia de la garantía, sólo consistirá en la restitución, destrucción o entrega del certificado**, con lo cual no será necesario recurrir al sistema general que rige en materia de cancelación o transferencia de prendas e hipotecas. De este modo, pagadas sus obligaciones, el beneficiario podrá otorgar nuevas garantías a otros acreedores para efectos de acceder a nuevo financiamiento, o bien, enajenar sus acciones y alzar de este modo sus garantías; todo esto con los debidos resguardos y restricciones que el proyecto establece para la seguridad del comercio”.

Pérdida, extravío o destrucción del certificado de fianza

Finalmente, encontramos un último aspecto sustantivo del certificado de fianza relacionado precisamente con su materialidad, a saber, el que apunta al caso en que dicho instrumento se pierda, extravíe o destruya.

Al respecto, cabe señalar que de conformidad al inciso sexto del artículo 12 de la LSGR, “En caso de pérdida, extravío o destrucción del Certificado de Fianza, se aplicarán las disposiciones contenidas en el Párrafo 9° del Título I de la ley N° 18.092¹¹⁸, de 1982, que se condigan con la naturaleza de este Título.”

¹¹⁸ Cabe precisar que dicho párrafo 9° de la ley 18.092, denominado “Del Extravío”, a partir de los artículos 88 y siguientes, se encuentra establecido para el caso de que lo extraviado haya sido una letra de cambio al señalar al efecto que: “El portador de una letra extraviada podrá solicitar que se declare el extravío de ésta y

La securitización del certificado de fianza

Una de las formas de definir a la securitización consiste en entenderla como el diseño de instrumentos financieros- sen bonos de renta fija o bien variable- y que se encuentran respaldados por flujos provenientes de activos de distinta naturaleza, y cuyo perfeccionamiento se efectúa a través de una compra a término del activo respectivo por parte de un patrimonio separado, y el que a su vez, lo financia con el bono de oferta pública colocado en el mercado.

Por otra parte, cabe recordar que dentro de los activos securitizables definidos en la ley chilena, se encuentran “otros créditos y derechos que consten por escrito y que tengan el carácter de transferibles”.¹¹⁹

Ahora bien, la razón por la cual la securitización ha sido traída a colación, descansa en la posibilidad que en nuestra opinión, surge a partir de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 12 de la LSGR, en el sentido que el certificado de fianza en tanto crédito transferible, admita ser securitizado.

En efecto, creemos que partir de lo expuesto en el inciso segundo del artículo 12 ello si sería posible, en tanto dicha norma agrega que: “Con la autorización previa de la Institución, el deudor beneficiario de la garantía podrá encargar la administración del Certificado de Fianza a alguna entidad especializada, la cual podrá, previas instrucciones del afianzado, dividir el monto afianzado entre diversas obligaciones y uno o más acreedores mediante operaciones materiales o electrónicas.”

que se le autorice para ejercer los derechos que le correspondan como portador del documento. Será tribunal competente para conocer de esta gestión el Juez de Letras en lo Civil de turno del domicilio del peticionario. La solicitud deberá indicar los elementos necesarios para identificar la letra.”. No obstante lo anterior, cabe agregar que la aplicación dispuesta por parte de la LSGR- respecto a dicho párrafo 9° de la ley 18.092 para el certificado de fianza- no es novedosa. En efecto, ya el artículo 1° de la ley 18552 había dispuesto anteriormente, que sería aplicable lo previsto en este párrafo para los casos de extravío, pérdida o deterioro parcial de los títulos de crédito de dinero emitidos con la cláusula a la orden, en favor de, a disposición de u otras equivalentes, cualesquiera fuere la denominación con que se designare a dichos instrumentos, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas en otras leyes para los casos señalados.

¹¹⁹ Del mismo modo, cabe precisar que el requisito esencial para hacer efectiva una securitización consiste en que el acto en que se transfieran los activos o flujos a securitizar, éstos no deben estar afectos a embargos, gravámenes o prohibiciones de ningún tipo, como tampoco de medidas judiciales restrictivas del dominio.

En dicho sentido, estimamos que a partir de una posible securitización del monto afianzado por parte de la SGR, podría surgir una nueva fuente de financiamiento para los beneficiarios, en la medida de que ellos- previa autorización de la SGR- encarguen la administración del certificado de fianza a un tercero o entidad especializada- entendemos otro patrimonio distinto y separado- y la cual previa instrucción o mandato del afianzado o beneficiario, se encontrará habilitada para dividir el monto total afianzado en uno o más valores de oferta pública o bonos colocados en el mercado de valores.

El proceso de calificación de garantías por parte de la SBIF

El último aspecto sustantivo que corresponde analizar con relación al certificado de fianza, se refiere al proceso de calificación de garantías que efectúa la SBIF, de conformidad al artículo 19 de la LSGR.

En efecto, y de conformidad a dicho precepto, “La Superintendencia sólo considerará, para los efectos de la calificación de las garantías a las entidades bancarias y financieras, los certificados de fianza emitidos por las Instituciones de Garantía Recíproca incluidas en la Categoría A del registro a que se refiere el artículo anterior. Estos certificados servirán de garantía para los efectos de la ampliación del límite individual de crédito a que se refiere el artículo 84, N° 1, de la Ley General de Bancos, contenida en el decreto con fuerza de ley N° 3, del año 1997, del Ministerio de Hacienda”.¹²⁰

¹²⁰ Al respecto, cabe recordar que el Título XI de la Ley General de Bancos chilena, denominado de las “Limitaciones de Créditos”, señala en su artículo 84 que: “Todo banco estará sujeto a las limitaciones siguientes: **Número 1)** No podrá conceder créditos, directa o indirectamente a una misma persona natural o jurídica, por una suma que exceda del 10% de su patrimonio efectivo. Se elevará al 15%, si el exceso corresponde a créditos, en moneda chilena o extranjera, destinados al financiamiento de obras públicas fiscales ejecutadas por el sistema de concesión contemplado en el decreto con fuerza de ley N° 164, de 1991, del Ministerio de Obras Públicas, siempre que estén garantizados con la prenda especial de concesión de obra pública contemplada en dicho cuerpo legal, o que en la respectiva operación de crédito concurren dos o más bancos que hayan suscrito un convenio de crédito con el constructor o concesionario del proyecto. Por reglamento dictado conjuntamente entre el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Obras Públicas se determinará el capital mínimo, garantías y demás requisitos que se exigirán a la sociedad constructora para efectuar estas operaciones en este último caso. Podrá, sin embargo, conceder dichos créditos hasta por un 30% de su patrimonio efectivo, si lo que excede del 10% corresponde a créditos caucionados por garantías sobre bienes corporales muebles o inmuebles de un valor igual o superior a dicho exceso. No obstante, se considerarán también las garantías constituidas por prenda de letras de cambio, pagarés u otros documentos, que reúnan las siguientes características:

II.-Aspectos procesales del certificado de fianza

Tal como esbozásemos a lo largo de la presente investigación, el sistema de garantías recíproco chileno, centra su eficacia tanto en aspectos de fondo o sustantivos, como de forma o procesales.

A partir de dicho supuesto, es que analizamos con detención cuáles eran los aspectos de fondo del contrato de garantía, como asimismo cuáles eran en dicho caso, sus aspectos procesales o también entendidos como efectos de dicho contrato.

En el presente acápite, nos corresponde evaluar y estudiar cuáles son los aspectos procesales que presentaría el certificado de fianza.

Al respecto, lo primero que cabe reconocer es que a diferencia del contrato de garantía recíproca, los efectos de dicho instrumento, han sido tratados lisa y llanamente por parte de la LSGR en base a una normativa y procedimiento procesal, y no en cambio, en consideración a las consecuencias jurídicas y acciones con las cuales contarían las partes del contrato, ya sea antes o bien después del pago, tal como vimos, ocurre en el contrato de garantía recíproca.

-
- a) Que sean representativos de créditos que correspondan al precio pagadero a plazo de mercaderías que se exporten, y
 - b) Que hayan sido emitidos o aceptados por un banco o institución financiera nacional o extranjera y, en todo caso, representen para ellos una obligación incondicional de pago. También servirán de garantía: a) Los documentos emitidos por el Banco Central de Chile o por el Estado y sus organismos, con exclusión de sus empresas; b) Los instrumentos financieros de oferta pública emitidos en serie que se encuentren clasificados en una de las dos categorías de más bajo riesgo por dos sociedades clasificadoras de las señaladas en el Título XIV de la Ley N° 18.045;
 - c) Los conocimientos de embarque, siempre que el banco esté autorizado para disponer libremente de la mercadería que se importe, y
 - d) Las cartas de crédito emitidas por bancos del exterior que se encuentren calificadas en la más alta categoría por una empresa calificadora internacional que figure en la nómina a que se refiere el artículo 78. Dichas cartas de crédito deben ser irrevocables y pagaderas a su sola presentación. Tratándose de créditos en moneda extranjera para exportaciones, el límite con garantía podrá alcanzar hasta el 30% del patrimonio efectivo del banco. El Superintendente deberá establecer normas sobre valorización de las garantías para los efectos de este artículo. Los préstamos que un banco otorgue a otra institución financiera regida por esta ley, no podrán exceder del 30% del patrimonio efectivo del banco acreedor. Si un banco otorgare créditos en exceso de los límites fijados en este número, incurrirá en una multa equivalente al 10% del monto de dicho exceso.

A mayor abundamiento, los aspectos procesales con los cuáles se nutre el certificado de fianza, se derivan a partir del mérito ejecutivo con el cual se le considera en virtud del artículo 12 de la LSGR, al disponer al efecto en su inciso séptimo que: “El Certificado de Fianza tendrá mérito ejecutivo para su cobro”.

En dicho sentido, la eficacia del certificado de fianza descansa en su consideración de título ejecutivo válido, y que por tanto, se encontrará habilitado de conformidad al código de procedimiento civil chileno, para permitir el inicio de un juicio ejecutivo destinado a efectuar el cobro de la obligación previamente afianzada por parte de la SGR.¹²¹

Ahora bien, cabe preguntarse si dicha consideración de título ejecutivo es o no lo suficientemente eficiente para el funcionamiento del sistema de garantías recíproco chileno, considerado en su conjunto.

Al respecto, estimamos necesario destacar la novedad introducida mediante la LSGR, en tanto y en buenas cuentas, el mérito ejecutivo del certificado de fianza se hace valer en contra del fiador, a saber la SGR.

Por dicha razón, entendemos que la facultad de reintegro de las obligaciones previamente asumidas por parte de la SGR descansará en buena parte, en el resultado procesal que arrojen los respectivos juicios ejecutivos.

¹²¹ Al respecto, comprendemos la utilidad de traer a colación algunos aspectos procesales, tales como que; 1) Los juicios ejecutivos en la legislación chilena, se encuentran tratados a partir del Título I del Libro III del Código de Procedimiento Civil, y en particular a partir de lo dispuesto en los artículos 434 y siguientes de dicho cuerpo legal. 2) En los juicios ejecutivos, a diferencia de los denominados juicios declarativos, se efectúa la ejecución o cumplimiento efectivo de la obligación, sin que se discuta por tanto, su existencia o inexistencia. 3) Es más, para el inicio de cualquier juicio ejecutivo se requiere necesariamente contar con alguno de los títulos ejecutivos válidos, señalados en alguno de los siete numerales del artículo 434. 4) A mayor abundamiento, cabe recordar que el número 7 del artículo 434 señala como título ejecutivo válido a: “Cualquiera otro título a que las leyes den fuerza ejecutiva”, dentro cuyos casos se encontraría por cierto, la LSGR y el referido otorgamiento de mérito ejecutivo para el Certificado de Fianza.

En virtud de lo anterior, es que la ejecución nacida a partir del mérito ejecutivo con que cuenta el certificado de fianza, quedará limitada en definitiva, al patrimonio con que cuenta la SGR para hacer efectiva la ejecución, o en otras palabras, a los bienes que se hallen disponibles para hacer efectivo el cobro de la obligación incumplida por su beneficiario o deudor principal afianzado.

Al efecto, entendemos que dicho patrimonio y bienes, se conformarán no sólo por el propio patrimonio de la SGR, sino que asimismo por la respectiva contragarantía que el beneficiario haya otorgado al efecto.

No obstante lo anterior, no se puede dejar de reconocer, queda abierta la posibilidad para que dicho patrimonio de la SGR no resulte suficiente, ya sea por que la contragarantía otorgada por el beneficiario no alcance a cubrir los montos respectivos, o bien, por que el propio beneficiario ya sea de buena o mala fe no cuente con las garantías requeridas.

A mayor abundamiento, creemos que dicho temor fundado, es lo que justificaría que la propia LSGR chilena- desde sus artículos 23 a 26- haya dispuesto todo un título destinado a hacer frente a posibles futuras situaciones de inestabilidad financiera e insolvencia.¹²²

Aspectos procesales particulares del certificado de fianza

Una vez analizados los efectos derivados del mérito ejecutivo con el cual se encuentra dotado el certificado de fianza, cabe considerar, cuáles son sus aspectos procesales particulares.

Al efecto, y sin entrar en un estudio detallado de las consecuencias procesales derivadas, cabe distinguir las siguientes reglas, a saber

¹²² V., TITULO VI de la LSGR chilena denominado “Medidas para enfrentar Situaciones de Inestabilidad Financiera e Insolvencia”, artículos 23 a 26.

1. Respecto a la demanda ejecutiva, ésta se notificará válidamente en el domicilio que la entidad o SGR, haya fijado en el correspondiente certificado de fianza.
2. En la resolución respectiva y que acoja la demanda ejecutiva a tramitación, el juez decretará la orden de embargar bienes del fiador o SGR, en cantidad suficiente, a objeto de cubrir la deuda con sus intereses y las costas, si la SGR no pagare en el acto del requerimiento.
3. A partir de dicho instante, pueden darse dos supuestos.
4. El primero de ellos, consiste en que la SGR se oponga a la ejecución, dentro del plazo de cinco días.
5. En dicho caso, y en lo que guarda relación a la forma de hacer efectiva la oposición, la LSGR señala que ella deberá tramitarse como incidente y sólo será admisible cuando se funde en alguna de las siguientes excepciones, a saber; a) Pago de la deuda; b) Prescripción; c) No empecer el título al ejecutado¹²³, y d) Concesión de prórrogas o esperas. Del mismo modo, cabe precisar que las excepciones señaladas en las letras c) y d) sólo serán admitidas a tramitación, si se fundan en algún antecedente escrito y aparecen revestidas de fundamento plausible. Si no concurrieren estos requisitos, el tribunal las desechará de plano.
6. Con respecto al régimen de apelaciones aplicable, la LSGR señala que la apelación de las resoluciones que se dicten en contra del demandado- o SGR- en este procedimiento, se concederá en el solo efecto devolutivo. Sin perjuicio de ello, se agrega que el respectivo tribunal de alzada, a petición del apelante y mediante resolución fundada, podrá dictar orden de no innovar, cuyas peticiones se resolverán en cuenta.

¹²³ En este caso, agrega la LSGR, no podrá discutirse la existencia de la obligación.

7. El segundo supuesto, considera que no se formulare oposición, o bien, si formulada en cambio, se hubieren desechado las excepciones, y en cuyos casos, se procederá al remate.¹²⁴
8. Una vez llegado el día dicho remate, el tercero acreedor, se pagará de su crédito sobre el precio del remate.
9. Finalmente, y con respecto a las características del remate, tanto en lo que dice relación con su mínimo como con las demás condiciones, ellas deberán ser fijados por el juez sin ulterior recurso, a propuesta del acreedor. Sin embargo, tratándose del mínimo del primer remate, no podrá ser inferior al monto del capital adeudado, intereses y costas judiciales. En todo caso, precisa la LSGR que los gastos del juicio serán tasados por el juez¹²⁵.

D.9.- La carta de garantía.

I.-Aspectos sustantivos de la carta de garantía.

El último instrumento en el cual el sistema de garantías recíproco centra su eficacia, es la denominada carta de garantía.

Al respecto, lo primero que cabe recordar, es que dicha carta a diferencia de los otros instrumentos y convenciones del sistema, a saber, contrato de garantía recíproca y

¹²⁴ Agrega la LSGR, que el remate se anunciará por medio de avisos publicados cuatro veces en días distintos y debiendo mediar veinte días, a lo menos, entre el primer aviso y la fecha de la subasta, en un periódico de la comuna en que se siguiere el juicio y, si allí no lo hubiere, en uno de la capital de la provincia. Las publicaciones podrán hacerse tanto en días hábiles, como inhábiles.

¹²⁵ En el caso que haya de procederse a nuevo remate, el número de avisos y el plazo que deba mediar entre la primera publicación y la fecha de la subasta, se reducirán a la mitad.

certificado de fianza, no encuentra en el artículo 2 ° de la LSGR un aporte normativo que la conceptualice.

Ahora bien, entendemos que dicha falencia no representa un obstáculo, en tanto la propia LSGR en artículo 35, se preocupó de establecer sus principales elementos tanto sustanciales como procesales.

En lo que guarda relación con sus aspectos sustanciales, el artículo 35 señala por una parte, que: “Las Instituciones de Garantía Recíproca que reciban contragarantías que se encuentren garantizando obligaciones de sus beneficiarios ante instituciones financieras, podrán garantizar el otorgamiento de la fianza por las obligaciones respectivas, mediante una Carta de Garantía, que asegurará dicho otorgamiento por el período que medie entre la inscripción de las contragarantías a favor de la institución y el afianzamiento correspondiente.”

A partir de lo expuesto, se desprenden cuáles son sus principales características y efectos de fondo o sustanciales, a saber;

- a) La carta de garantía es otro de los instrumentos en los cuales el sistema de garantías recíproco centra su eficacia y funcionamiento.
- b) La carta de garantía se encuentra establecida para aquéllos supuestos en los cuales los beneficiarios del sistema hayan entregado contragarantías a la SGR, a objeto de poder responder frente a obligaciones contraídas previamente por ellos ante instituciones financieras.
- c) En virtud de lo anterior, la obligación respectiva es para la institución financiera, una obligación válida y actualmente exigible.
- d) En dicho sentido, lo que permite la carta de garantía, es que la SGR asuma su labor afianzadora frente al tercero acreedor o institución financiera, por el período que

media entre la inscripción de las contragarantías a favor de la SGR y el afianzamiento asumido por SGR a favor de la institución financiera.

A partir de lo expuesto, es que a nuestro entender, dos sean las notas distintivas de la carta de garantía.

La primera de ellas, es que necesariamente debe tratarse de obligaciones asumidas por parte de los beneficiarios con instituciones financieras. Con ello, no es que queramos afirmar que en el caso del certificado de fianza no pueda darse dicho supuesto, sino que sólo pretendemos poner de relieve que tratándose de la carta de garantía, el rol de tercero acreedor obligatoriamente deberá corresponder a una institución financiera, descartándose en consecuencia, la posibilidad de que otro tercero distinto- una sociedad anónima particular por ejemplo- pueda asumir la acreencia.

La segunda nota característica en cambio, apunta al período de tiempo en el cual la SGR presta su afianzamiento. En efecto, en el caso de la carta de garantía, la SGR cubre el período que media entre la inscripción de las contragarantías a su favor y el otorgamiento del afianzamiento correspondiente. Al efecto, cabe precisar que la regla general en esta materia es que dicho período no sea afianzado por parte de la SGR, ya que en estricto rigor, sólo se debería otorgar cobertura de afianzamiento, una vez que la garantía real, personal o caución como señala la LSGR, (y que constituye la correspondiente contragarantía conferida por parte del beneficiario), haya sido debidamente inscrita a favor de la entidad afianzadora o SGR.

Las menciones obligatorias de la carta de garantía

Al igual que en el caso del contrato de garantía recíproca, la LSGR nos entrega otro aspecto de tipo sustantivo de la carta de garantía, referido a cuáles son sus menciones obligatorias, al señalar el inciso segundo del artículo 35 ° de la LSGR que: “para este efecto, la Carta de Garantía deberá expresar....:”.

Al respecto, estimamos que aún cuando la LSGR señale estas menciones obligatorias, al igual que en el contrato de garantía recíproca, ellas son sólo un mínimo, y por tanto, perfectamente admitirían ser ampliadas, o bien complementadas, por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, y en concreto, de conformidad a la LSGR cinco son las menciones obligatorias de la carta de garantía, a saber;

Las dos primeras menciones obligatorias de la carta de garantía, apuntan a la individualización de las partes involucradas, a saber, la individualización de la institución o SGR y la individualización del respectivo beneficiario.

De otra parte, la tercera y cuarta menciones en cambio, se refieren a características más propias de la carta de garantía.

En efecto, por una parte, mientras la tercera mención se refiere a la obligación que tiene la SGR de tener que extender el Certificado de Fianza, la cuarta mención por su lado, apunta a la condición para la entrega del Certificado de Fianza, consistente en la inscripción de las contragarantías a favor de la institución.

En dicho sentido, estimamos que las referidas menciones tercera y cuarta, dan cuenta de las dos notas características de la carta de garantía recientemente analizadas¹²⁶, a saber, que nos encontramos necesariamente ante obligaciones asumidas por parte de los beneficiarios con instituciones financieras, y que cubren el período de tiempo que va entre la inscripción de las contragarantías en favor de la SGR y el otorgamiento del afianzamiento correspondiente.

Finalmente, se agrega una quinta mención obligatoria en torno a los antecedentes de la obligación a garantizar.¹²⁷

¹²⁶ Vid. Supra.

¹²⁷ Al respecto, estimamos que dichos antecedentes de la obligación, estarán referidos tanto a elementos derivados de su origen, como asimismo al tipo de obligación, sea ésta presente, futura, condicional, etc.

II.-Aspectos procesales de la carta de garantía

Por otra parte, y siguiendo la línea de investigación propuesta, en el caso de la carta de garantía, también encontramos aspectos procesales que la dotan de eficacia.

Dichos aspectos procesales, son los mismos que ya estudiamos para el caso del certificado de fianza, ya que de conformidad al inciso final del artículo 35 de la LSGR: “La carta de garantía así extendida, tendrá mérito ejecutivo para su cobro, para el que se aplicará el procedimiento descrito en el artículo 12 de la presente ley”.

D.10.- Disolución, fusión y división de la SAGR.

El último aspecto funcional que corresponde estudiar con relación a la sociedad de garantía recíproca chilena, se refiere a los principales aspectos contenidos en el Título VII de la LSGR, en materia de disolución, fusión y división de la SAGR.

El primer aspecto, se refiere a su régimen normativo aplicable a la especie, al señalar el artículo 27 de la LSGR, que: “La disolución, liquidación, división, fusión y quiebra de las Instituciones de Garantía Recíproca se regirá por las normas aplicables a las sociedades anónimas, salvo las excepciones establecidas en la presente ley.”¹²⁸

De otra parte, y con relación tanto a la forma de poder llevar a cabo efectivamente la disolución, fusión o división respectiva, como asimismo a los requisitos de quórum que les resulta aplicable, el artículo 28 de la LSGR agrega que: “La disolución, división y fusión de una Institución de Garantía Recíproca requerirá contar con la autorización previa y por escrito de los dos tercios de los acreedores del total de las deudas garantizadas por la misma en el ejercicio de su giro.”

¹²⁸ Cabe recordar que de conformidad a la ley de sociedades anónimas chilenas, todo lo referente a su disolución, liquidación, división, fusión y quiebra se encuentra regulado en dos títulos distintos. En efecto, por una parte el Título IX de la LSA chilena a partir de lo dispuesto en los artículos 94 y siguientes, regula lo que denomina como la “Disolución, transformación y Fusión de las sociedades anónimas.” Por otra parte, y a partir de lo señalado por los artículos 101 y siguientes, vemos como el Título X de la LSA chilena, norma la “Quiebra, disolución y liquidación de las sociedades anónimas”.

En tercer lugar, se agrega una característica especial¹²⁹ en materia de fusión, ya que de conformidad al inciso segundo del artículo 28: “Las Instituciones de Garantía Recíproca sólo podrán fusionarse entre sí”.

Finalmente, cabe hacer mención con respecto al régimen sancionatorio contenido en materia de fusión y división de una SGR.

Al respecto, y de conformidad al artículo 29 de la LSGR; “salvo pacto en contrario de la Institución con los acreedores de las obligaciones afianzadas, las entidades que surjan de una fusión o división de una Institución de Garantía Recíproca responderán solidariamente por las fianzas otorgadas por esta última con anterioridad a los acuerdos de fusión o división.”¹³⁰

E. Reflexión Final.

Históricamente, las pequeñas y medianas empresas siempre han debido sortear una serie de obstáculos y dificultades para la obtención de aquellos créditos que resulten necesarios para el desarrollo de sus actividades.

¹²⁹ En efecto, estimamos que es una características especial de la SAGR ya que el artículo 99 de la LSA chilena, al tratar la fusión a la cual pueden estar sujetas las sociedades anónimas, sólo se encargó de definir qué debía entenderse por fusión por creación y fusión por absorción, sin establecer sin embargo, una limitación parecida a la descrita tratándose de SAGR. Ahora bien, lo anterior, no obsta a comprender que la limitación establecida en materia de fusiones de SAGR, referente al hecho a que sólo podrán fusionarse entre sí, admitirán ser comprendida, a partir de una interpretación amplia de lo dispuesto en el artículo 100 de la LSA chilena, cuando agrega que: “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.”

¹³⁰ En este punto, creemos que si bien es cierto que dicho régimen sancionatorio establecido por la LSGR en materia de fusión y división, no hace más que repetir la responsabilidad solidaria a la cual se encuentra sujeta toda sociedad anónima, de conformidad a la LSA chilena y por la importancia de la materia, extrañamos que no se haya incorporado también, un régimen de presunciones aplicable al efecto, tal como lo dispone el artículo 106 de la ley de sociedades anónimas chilena, cuando agrega que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 133- referente al régimen general de responsabilidad y sanciones en materia de sociedades anónimas-, se presumen culpables y serán solidariamente responsables de los perjuicios que eventualmente se causaren a los accionistas, los directores y el gerente de una sociedad que haya sido disuelta por sentencia judicial ejecutoriada o revocada por resolución fundada de la Superintendencia, a menos que constare expresamente su falta de participación o su oposición al o los hechos que han servido de fundamento a la resolución judicial o administrativa.”

A mayor abundamiento, y tal como hace más de 30 años ya planteaba el profesor español Alberto Bercovitz¹³¹, tales obstáculos se derivan fundamentalmente de la dificultad que tienen dichas empresas en orden a: “tener que ofrecer las garantías que son habitualmente exigidas por las entidades crediticias, y ello aunque la empresa en cuestión esté adecuadamente dirigida y administrada.”

En virtud de lo anterior, estimamos que el poder contar con la creación e implementación de un nuevo sistema que facilite la obtención de créditos por parte de la Mipyme chilena, podrá traer aparejado extraordinarios beneficios para no sólo dichas unidades económicas, sino que consecuentemente para toda su economía nacional.

En efecto, la obtención de más y mejores créditos para la Mipyme chilena, es, ha sido, y creemos seguirá siendo, sino el fundamental, uno de los principales temas de no sólo la economía chilena, sino que asimismo de la del resto de los países en vías de desarrollo y desarrollados.

En dicho sentido, no se puede dejar de reconocer que frente a períodos de crisis financieras, tal como el que está azotando en estos días a las economías mundiales, la necesidad de poder contar con medidas gubernamentales efectivas en dicha temática, se torna aún más imperioso y casi indispensable.

A vía ejemplar, sólo basta recordar que para el caso chileno, el día 13 de octubre recién pasado, se anunció por parte del gobierno de la presidenta Michelle Bachelet un paquete de acciones para mejorar el acceso y condiciones de crédito para la micro, pequeña y mediana empresa, que significarán la inyección de recursos cercanos a los US \$850 millones de dólares, canalizados principalmente por medio de nuevas líneas de financiamiento, factoring no bancarios, CORFO y el FOGAPE.

¹³¹ Bercovitz A., “Sociedades de garantía mutua”, Revista de derecho mercantil, madrid, julio-septiembre, 1975, páginas 269 y ss. Ob.cit.

Ahora bien, y sin entrar al efectos práctico de dichas medidas, creemos que ellas todavía ponen de relieve el problema de fondo planteado a lo largo de nuestra investigación, esto es, la forma en cómo éstos recursos- que han sido dispuestos por parte del Estado de Chile- son recibidos y utilizados efectivamente por parte de los micros, pequeños y medianos empresarios chilenos.

De ahí que la implementación del sistema de garantías recíproca, esperamos tenga mucho que decir y aportar al respecto, al constituirse en una nueva forma a través de la cual que gran parte de la Mipyme chilenas puedan efectivamente optar a más y mejores condiciones crediticias, que no sólo les permitan desarrollar sus respectivos giros, sino que asimismo las dote de una estructura jurídica societaria de la cual siendo parte integrante, les otorgue el respaldo financiero y asesoramiento especializado que ellas necesitan.

Ahora bien, y con respecto específicamente a nuestra investigación, ya desde sus inicios, planteamos que el tratamiento normativo que había utilizado el legislador chileno para regular a la SGR no resultaba del todo feliz.

Del mismo modo, agregamos que si bien la LSGR contaba con una estructura desordenada de ocho títulos, ellos estaban distribuidos en escasos sólo 35 artículos.

Al llegar al final de nuestro estudio, seguimos sosteniendo la misma postura. En efecto, creemos que una materia tan importante como lo es el acceso al crédito y financiamiento de gran parte de la mano de obra chilena, demanda un contenido normativo mayor que especifique más detalladamente sus alcances.

Por la misma razón, creemos que las amplias y supletorias remisiones normativas efectuadas a lo largo de la LSGR, tanto a la ley de sociedades anónimas chilena, como asimismo al contrato de fianza civil, siguen dejando una serie de interrogantes cuya delimitación esperamos vayan siendo resueltas tanto por los fallos que dicten los tribunales ordinarios de justicia chilenos, como asimismo a través de la labor interpretativa y

orientadora del sistema, que ha desarrollado hasta la fecha y creemos seguirá realizando, la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras, en tanto órgano administrativo y controlador.

En dicho sentido, esperamos que con la distinción genérica que hemos efectuado entre normas orgánicas y funcionales, hayamos podido aportar al menos una forma doctrinal más didáctica y aclaratoria de los dos pilares normativos que a nuestro entender, se contienen en la LSGR, a saber, tanto el aspecto orgánico o de estructura del sistema, como por otra parte, el aspecto dinámico u operativo del mismo.

Del mismo modo, esperamos que con la subdivisión efectuada a propósito de tanto el contrato de garantía recíproca como asimismo el certificado de fianza y carta de garantía, entre aspectos sustantivos o de fondo y de forma o procesales, se haya podido poner el suficiente énfasis en las aristas de fondo y forma, que dan vida y creemos podrán sustentar en definitiva, el verdadero motor del sistema de garantías recíproco chileno.

Sin perjuicio de lo anterior, visualizamos tanto un claro reconocimiento al sistema, como asimismo un importante desafío.

En efecto, por un lado, reconocemos y valoramos el esfuerzo y audacia asumida por la LSGR en aras de no sólo buscar nuevas y más desformalizadas formas de garantía para la MiPyme chilena, sino que asimismo, al reconocer normativamente otras fuentes de financiamiento de usual ocurrencia y utilización en la práctica como lo son la factorización, y en menor grado la securitización.

De otro lado, visualizamos un desafío, ya que precisamente dichas nuevas formas de garantías y financiamiento se encuentran insertas en un contexto legal en el cual no sólo resulta escasa la mutualidad- propia de todo sistema de garantías- sino que asimismo los vaivenes y volatilidad insertos en las bolsas de valores, entendemos podría pasarles una mala jugada.

A partir de lo expuesto, es que reiteramos la importancia que podría caberle en este nuevo sistema de garantías recíproco chileno, al renombrado principio de autonomía de la voluntad, en tanto estimamos que a partir de una reforma de los estatutos sociales, todavía quedará abierta una amplia vía contractual para mitigar los eventuales problemas que se vayan derivando con ocasión de su implementación y puesta en marcha.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

CÓDIGOS LEYES Y ACTAS DE FORMACIÓN DE LAS MISMAS

1. Anteproyecto de Ley del Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca para la micro, pequeña y mediana empresas, preparado por la Comisión Interinstitucional por el Ministerio de Economía, Superintendencia de Bancos y banco de Guatemala, con el apoyo del consultor internacional Pablo Pombo, Ministerio de Economía, Guatemala, agosto de 2005, disponibles en internet, en el mes de diciembre de 2007 en www.redegaranatias.com
2. Circulares número 1 de la Super Intendencia de Bancos e Instituciones Financieras-SIBF, de fecha 16 de octubre de 2007, disponibles en internet, en el mes de noviembre de 2007 en www.sbif.cl
3. Código de Comercio de la República de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
4. Código Civil de la República de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
5. Decreto Número 587, que “Aprueba el Reglamento de Sociedades Anónimas”, Publicado en el Diario Oficial con fecha 13 de noviembre del año 1982, Ministerio de Hacienda, Chile.
6. Decreto con Fuerza de Ley Núm. 5, publicado en el Diario Oficial con fecha 17 de febrero de 2004, y mediante el cual se “Fija texto refundido, concordado y sistematizado de la ley general de cooperativas”. Ministerio de Hacienda, Chile. Disponibles en internet en el mes de diciembre de 2007 en www.bcn.cl
7. Decreto Ley Núm.3472, publicado en el Diario Oficial con fecha 2 de septiembre de 1980, y mediante el cual se “CREA EL FONDO DE GARANTIA PARA PEQUEÑOS EMPRESARIOS”. Ministerio de Hacienda, Chile. Disponibles en internet en el mes de septiembre de 2008 en www.bcn.cl
8. Ley General de Bancos. Decreto con Fuerza de Ley Número 3. Publicado en el Diario Oficial con fecha 19 de diciembre de 1997. Ministerio de Hacienda, Chile. Disponible en internet en el mes de septiembre de 2008 en www.bcn.cl

9. Ley Núm. 1/1994, de 11 de marzo, “SOBRE REGIMEN JURIDICO DE LAS SOCIEDADES DE GARANTIA RECIPROCA”, (BOE n. 61 de 12/3/1994), España.
10. Ley Núm. 18.046 sobre sociedades anónimas, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de octubre del año 1981, Ministerio de Hacienda, Chile. Disponibles en internet en el mes de diciembre de 2007 en www.bcn.cl
11. Ley Núm. 18.815, que regula Fondos de Inversión, publicada en el Diario Oficial de fecha 29 de julio de 1989. Disponible en internet en el mes de diciembre de 2007 en www.hacienda.cl
12. Ley Núm. 18.876, que “Establece el marco legal para la Constitución la Constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores”, publicada en el Diario Oficial de 21 de diciembre de 1989. Disponible en internet en el mes de noviembre de 2007 en www.hacienda.cl
13. Ley Núm. 20.130, que “Introduce modificaciones en el decreto ley nº 3.475, de 1980, que contiene la ley sobre impuesto de timbres y estampillas”. Publicada en el Diario Oficial con fecha 07 de noviembre de 2006. Disponible en internet en el mes de diciembre de 2007 en www.bcn.cl
14. Ley Núm. 20.190, publicada en el D.O, con fecha 5 de junio de 2007, mediante la cual se “Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales”. Ministerio de Hacienda, Chile. Fuente; Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en internet en el mes de diciembre de 2007 en www.bcn.cl.
15. Ley Núm. 24.467 del Poder Ejecutivo Nacional, Buenos Aires, 23 de marzo de 1995. “Régimen para pequeñas y medianas empresas - Derogación de la ley 23.020”, Publicación: B. O. 28/3/95, Argentina.
16. “Ley del sistemas de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana rural y urbana” de la República de El Salvador. Decreto Legislativo de fecha 20 de septiembre del año 2001, publicado en el Diario Oficial de dicho país con fecha 22 de octubre del año 2001

17. Mensaje de S.E el Presidente de la República con el cual se inició el proyecto de ley para establecer en Chile un marco legal para la constitución y operación de sociedades de garantía recíproca. (Boletín N° 3627-03).

LIBROS, MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

1. Alessandri Rodríguez A, y Somarriva Undurraga, M, “Curso de Derecho Civil”, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1942, Tomo IV, Volumen II, páginas 689-720.
2. Bercovitz, A, “La nueva ley 1/1994 sobre Sociedades de Garantía Recíproca”. Perspectivas del sistema financiero, 1994, páginas 7-34
3. Bercovitz, A., “Sociedades de garantía mutua”, Revista de derecho mercantil, madrid, julio-septiembre, 1975, páginas 269 y ss.
4. Bercovitz, A, “El objeto social de las Sociedades de Garantía Recíproca”, Revista de Derecho Mercantil, julio-diciembre 1980.
5. Bercovitz, A, “Informe sobre las sociedades de garantía recíproca”, Madrid, 1983.
6. Bercovitz, A, “Las Sociedades de Garantía Recíproca”, en opiniones sobre la pequeña y mediana empresa”, Madrid, 1984.
7. Bercovitz, A, “La Sociedad de Garantía Recíproca como tipo social autónomo”, en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Libro Homenaje a Emilio Verdera y Tullés, Tomo I, Madrid, 1994.
8. Bueso Guillén, Pedro-José., “El fondo de provisiones técnicas de la sociedad de garantía recíproca”, Revista de derecho de sociedades, año 2000-2, número 15, editorial aranzadi, 2001, navarra, páginas 159-171.

9. Caballero Sánchez-Izquierdo, “Régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca”, Madrid, 1979.
10. Cesgar, “El Sistema español de SGR”, Madrid, 1995
11. Cesgar, “Informe Las Sociedades de Garantía Recíproca en 2000”, Madrid, 2001.
12. Cesgar, “Informe Las Sociedades de Garantía Recíproca en 2005”, Memoria CESGAR, 2005.
13. Charro Valls, José María y Sánchez Bernal, María Isabel, “Sociedades de Garantía Recíproca”, situación actual, Ediciones Universidad de Salamanca, 1985.
14. De la Fuente Cabrero, C. “Sociedades de Garantía Recíproca: Entidades Financieras en el sistema financiero español”, en Univ. Europea-Cees, Departamento de Empresa, Documentos de Trabajo 1/02.
15. De la Fuente Cabrero, C y Priede Bergamini, T, “El reafianzamiento de las Sociedades de Garantía Recíproca españolas. Evolución histórica y configuración actual”, en Ediciones Cesgar, Madrid, 2003
16. Embid , Irujo, “Tipos de socios en la sociedad de garantía recíproca”, CDC 34/2001, páginas 31-49
17. García Villaverde, RDM, pag 71-95 Las sociedades de garantía recíproca, en Revista de Derecho Mercantil Número 155, 1980, páginas 71-95.
18. Gómez Mendoza, María, “Algunas cuestiones en materia de participaciones de las sociedades de garantía recíproca”, en Libro Homenaje al Prof. Sánchez Calero, Tomo IV, Madrid, 2002. páginas 4039 y ss.

19. Largo Gil, R y Hernández Sainz, E., “Las sociedades de reafianzamiento”, en revista de derecho de sociedades, Editorial Aranzadi, año 1999-2, número 13, página 71, Navarra, 2000.
20. Pombo González, P, Molina Sánchez H y Ramírez Sobrino, J, “El marco de los sistemas/ esquemas de garantía en Latinoamérica e Iberoamérica: principales conceptos y características”, en Publicaciones XII Foro Iberoamericano de sistemas de garantías y financiamiento para la micro y pyme, Santiago de Chile, noviembre de 2007.
21. Pombo González, P y Herrero Calvo, A “Los sistemas de garantía para la Micro y la Pyme en una economía globalizada”, Editorial Sevilla, marzo 2001, Sevilla.
22. Pombo González, P. “CESGAR acoge prácticamente a todas las SGR en España”, en Perspectiva del Sistema Financiero Número 47, páginas 115-118, Papeles de Economía Española, 1994.
23. Pombo González, P., “Las nuevas Sociedades de Garantía Recíproca”, Dirección y Progreso número 36, 1995, páginas 51-53.
24. Pombo González, P. “Las SGR: una experiencia de financiación de las pymes”, en Boletín Económico de Andalucía número 19,1995, páginas 285-302.
25. Ribó Durán, L. María, “Presente y futuro de las sociedades de garantía recíproca”, Barcelona,1986
26. Ribó Durán, L. Las sociedades de garantía recíproca: Estructura y funcionamiento”, Barcelona, 1983.

27. Uría, R, Menendez, A y Vérguez, M, “Sociedades de Garantía Recíproca y Sociedades Laborales”, en “Curso de Derecho Mercantil I, segunda edición, Editorial Thomson, Civitas, Aranzadi, 2006, páginas 1446 y ss.

28. Vicent Chulía, F. “Notas sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca”, en Panorama Bursátil 1979, páginas 13 y siguientes.

ÍNDICE

Pág.

“NORMAS ORGÁNICAS Y FUNCIONALES DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA”

Abstracto.....	2-3
Sumario.....	3
A.- Introducción. Razones para una división normativa orgánica-funcional.....	3-6
B.-Normas orgánicas internas.....	6-7
Clasificación de las normas orgánicas internas.....	7
B.1.- Normas orgánicas internas relativas al tipo social adoptado.....	7-9
B.2.- Normas orgánicas internas referentes a los requisitos de constitución del tipo social respectivo.....	9-10
La auto-regulación privada vía estatutos.....	10
Relación normativa existente entre la LSGR y la LSA chilena.....	10-13
Los denominados pactos de accionistas. Futuro de la auto-regulación privada de la Sociedad de Garantía Recíproca vía estatutaria.....	13-14
Regulación normativa específica establecida por la LSGR para los estatutos respectivos.....	15-18
Las mal denominadas reglas específicas de la SGR.....	18-21
B.3.- Normas orgánicas internas de constitución del denominado Fondo de Reserva Patrimonial.....	21-24
C.- Normas orgánicas externas.....	25-26
Clasificación de las normas orgánicas externas.....	26
C. 1.- Norma orgánica externa para la participación de organismos y servicios públicos en el sistema de garantías recíprocas chileno. CORFO y sus líneas de crédito licitadas a través de la banca.....	27-29

ÍNDICE

Pág.

“NORMAS ORGÁNICAS Y FUNCIONALES DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA”

C.2.-Los llamados Fondos de Garantía del artículo 33.....	30-33
C.3.-La participación del denominado Fondo de Garantía del Pequeño Empresario. FOGAPE	33-35
C.4.-Normas orgánicas externas de control. El rol y facultades sancionadoras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras- SBIF- en el sistema de garantías recíprocas chileno	36
El Control Privado. Los Auditores Externos Independientes	36-38
El Control Público de la SGR. Rol y facultades de la SBIF	38-39
El denominado control normativo	39-40
El Control orgánico (previo y posterior)	40-44
Control con respecto a los terceros relacionados	44-47
El control funcional	47
D.- Las denominadas normas dinámicas o funcionales.....	47-48
Clasificación de las normas dinámicas o funcionales.....	49
D.1.- Las conceptualizaciones legales establecidas en la ley 20.179 aplicables a la SAGR.....	49-50
Concepto y características de la Sociedad Anónima de Garantía Recíproca.....	50-52
Beneficiarios del sistema de garantías.....	52-54
El Contrato de Garantía Recíproca, el Certificado de Fianza y las denominadas Contragarantías.....	55
D.2.- El objeto único o exclusivo de la SAGR.....	55-62

ÍNDICE

Pág.

“NORMAS ORGÁNICAS Y FUNCIONALES DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA”

D.3.- Régimen legal para la inversión de recursos y fondos por parte de la SAGR.....	62-63
Distinción entre recursos y fondos de la SAGR.....	63
Regla general para la inversión legal de recursos por parte de la SAGR	64
Regla específica para la inversión legal del fondo de reserva patrimonial.....	65
Régimen legal de inversión de los fondos de garantía.....	66-68
Naturaleza jurídica de los fondos de garantía (FG)	69-72
D.4.- Medidas legales de resguardo solvente y régimen de participación social de la SAGR.....	72-73
Medidas legales de resguardo solvente de la SAGR.....	73-75
Régimen de participación social.....	75-76
Junta de accionistas.....	76-77
Obligaciones y derechos de los accionistas.....	77-79
Otros derechos sociales en la SAGR.....	79-81
D.5.- Introducción al dinamismo o funcionalidad del sistema de garantías recíprocas chileno.....	81-82
Acerca de la distinción entre normas sustantivas y normas procesales.....	82-84
D.6.-Conceptualización del contrato de garantía recíproca, del certificado de fianza y de las denominadas contragarantías.....	84-86
D.7.- El contrato de garantía recíproca y las denominadas contragarantías.....	86

ÍNDICE

Pág.

“NORMAS ORGÁNICAS Y FUNCIONALES DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA”

I.-Aspectos sustantivos del contrato de garantía recíproca y de las denominadas contragarantías.....	86
I.a.-Algunos rasgos contractuales del contrato de garantía recíproca.....	86
Acerca del concepto legal del contrato de fianza civil.....	87-88
Algunas características contractuales del contrato de fianza civil.....	88-89
Requisitos del contrato de fianza civil y su relación con el contrato de garantía recíproca.....	90
Consentimiento de las partes.....	90-91
Capacidad del fiador.....	92
Objeto de la fianza ...	92-93
Causa de la fianza.....	94
Existencia de una obligación principal	95
Características contractuales del contrato de garantía recíproca	95-97
I.b.-Menciones obligatorias del contrato de garantía recíproca	97
La enumeración mínima y no taxativa de las menciones obligatorias	97-99
1.-El monto de las obligaciones afianzadas	100-103
2.-Las contragarantías.....	103
Las cauciones y su denominación genérica	103-106
La contraprestación recíproca.....	106
La contragarantía especial de prenda sobre acciones o cuotas de capital.....	107

ÍNDICE

Pág.

“NORMAS ORGÁNICAS Y FUNCIONALES DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA”

3.- Derechos y obligaciones de las partes.....	107
4.-El plazo de duración del contrato de garantía recíproca	108
5.- Otras menciones que las partes acuerden.....	108-109
I.c.-El contrato de garantía recíproca y su relación con el contrato de fianza civil.....	109
La remisión normativa genérica y supletoria al código civil	109-110
Delimitación de la remisión normativa genérica y supletoria	110-111
1.-Clases de fianzas y su relación con el contrato de garantía recíproca	111-114
2.-Acerca de los obligados a rendir fianza	114-115
3.-La extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca.....	115-116
Causales específicas de extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca...	116-117
Causal genérica y supletoria de extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca.....	117-121
4.-Efectos del contrato de fianza y su relación con los aspectos procesales del contrato de garantía recíproca.....	121
II.-Aspectos procesales del contrato de garantía recíproca.....	122
Efectos entre el fiador y el deudor principal, antes de efectuado el pago por el primero.....	122-124
Efectos entre el fiador y el deudor principal, después de efectuado el pago por el primero.....	124-126
Acción de reembolso y Acción subrogatoria en el contrato de garantía recíproca.....	126

ÍNDICE

Pág.

“NORMAS ORGÁNICAS Y FUNCIONALES DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA”

La Acción de reembolso.	127-128
La Acción subrogatoria.	128-129
Derechos en que se subroga el fiador.....	129-130
Contra quien puede dirigirse la acción subrogatoria	130
Prescripción de la acción subrogatoria.....	131
El privilegio de los créditos afianzados.....	131
D.8.- El certificado de fianza material e inmaterial.....	131
I.-Aspectos sustantivos del certificado de fianza	131-134
La inmaterialidad del certificado de fianza.....	135-137
El certificado de fianza material.....	137-138
Pérdida, extravío o destrucción del certificado de fianza.....	138
La securitización del certificado de fianza	139-140
El proceso de calificación de garantías por parte de la SBIF	140
II.-Aspectos procesales del certificado de fianza.....	140-143
Aspectos procesales particulares del certificado de fianza.....	143-145
D.9.- La carta de garantía.....	145
I.-Aspectos sustantivos de la carta de garantía.....	145-147
Las menciones obligatorias de la carta de garantía.....	147-148
II.-Aspectos procesales de la carta de garantía	149

ÍNDICE

Pág.

“NORMAS ORGÁNICAS Y FUNCIONALES DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA”

D.10.- Disolución, fusión y división de la SAGR	149-150
E. Reflexión Final.....	150-154
BIBLIOGRAFÍA.....	155-160