



UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL Y DERECHO
ROMANO

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

TESIS DOCTORAL

Presentada por el Ldo. ADOLFO CARLOS SILVA WALBAUM, y realizada bajo
la dirección del Prof. Dr. D. JOSÉ LUIS PÉREZ SERRABONA-GONZÁLEZ

GRANADA 2011

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Adolfo Carlos Silva Walbaum
D.L.: GR 906-2012
ISBN: 978-84-694-9334-2

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

INTRODUCCIÓN

El fomento y desarrollo de la pequeña y mediana empresa, permite el poder avanzar hacia estados de desarrollo económico y social, que no sólo favorecen al individuo o empresario individual mirado aisladamente, sino que ayudan en el desarrollo de su respectivo grupo familiar, como también el de toda la sociedad en que éste actúa.

En la actualidad iberoamericana, las micros, pequeñas y medianas empresas- o simplemente las MiPymes,¹ generan la ocupación de no menos de un ochenta por ciento de la fuerza laboral. Dicha circunstancia refuerza la imperiosa necesidad de que sus respectivas regulaciones jurídicas, deban estar sujetas a un permanente proceso de modernización e innovación, tanto normativo como de política gubernamental.²

¹ La palabra Mipyme, es un concepto de carácter amplio que incluye lo que usualmente se considera como la micro, pequeña y mediana empresa. La determinación de que corresponde a una Mipyme, y particularmente a una Pyme, o en otras palabras, a una pequeña y mediana empresa, resulta especialmente importante ya que precisamente es el segmento empresarial al cual la sociedad de garantía recíproca busca favorecer y desarrollar. De ahí también que muchas legislaciones iberoamericanas, determinen ellas mismas cuándo nos encontraríamos frente a una micro, pequeña o mediana empresa- y cuando no. En otros términos hasta qué tamaño de empresa resulta razonable y justo extender los beneficios de una sociedad de garantía recíproca, a lo que se denomina como socio partícipe. Por ejemplo. El artículo 1 Ley de Sociedades de Garantía Recíproca Española, denominado de las “Características de las Sociedades de Garantía Recíproca”, señala en su inciso segundo que: “Se entenderá por pequeñas y medianas empresas aquéllas cuyo número de trabajadores no exceda de doscientos cincuenta.” De la misma forma, el inciso tercero del artículo 1 de la Ley de Sociedades de Garantía Recíproca de El Salvador, denominado “Objeto y alcance”, señala que: “Se entenderá por micro, pequeña y mediana empresa, la así definida por el Ministerio de Economía a través de la Comisión Nacional de la Micro y Pequeña Empresa, CONAMYPE, o la institución que éste delegue.”

² De acuerdo a la exposición de motivos de la ley de sociedades de garantía recíproca de Nicaragua: “Las micro, pequeñas y medianas empresas representan más del 90% del universo empresarial en Nicaragua, y se estima que aportan cerca del 60% del empleo total, que sus aportaciones al Producto Interno Bruto (PIB), pueden llegar a ser hasta un 40% y que en términos de exportaciones representan desde un 20% hasta un 40% del total de las mismas. Ley del sistema de sociedades de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa. Ley Número 663, aprobada el 25 de Junio de 2008, publicada en La Gaceta N° 173 del 08 de Septiembre de 2008. En el caso argentino, el artículo 2 de la Ley 24.467 señala en su sección II- denominada “Definición PYMES” que: “Encomiéndase a la autoridad de aplicación definir las características de las empresas que serán consideradas PYMES, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada región del país, y los diversos sectores de la economía en que se desempeñan sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 83.” Finalmente, tratándose del caso de El Salvador, el artículo 1 de su LSGR dispuso que: “Se entenderá por micro, pequeña y mediana empresa, la así definida por el Ministerio de Economía a través de la Comisión Nacional de la Micro y Pequeña Empresa, CONAMYPE, o la institución que éste delegue”. Decreto Legislativo número 553, de fecha 20/09/2001. Publicado en el Diario Oficial número 199 de fecha 22/10/2001. Reformado por D.L. N° 821, del 19 de abril del 2002, publicado en el D. O. N° 89, Tomo 355, del 17 de mayo del 2002.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Para tal fin, se pretende arribar a un estudio detallado de la ley Número 20.179- publicada el 20 de junio de 2007 en el Diario Oficial de la República de Chile, y mediante la cual se estableció por primera vez en dicho país, un marco legal para la constitución y operación de las Instituciones de Garantía en general, y de las Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca en particular.

En dicho sentido, la presente investigación tiene por objeto el poder arribar a un marco normativo básico, que se pueda extraer a partir del estudio más o menos pormenorizado de no sólo la legislación chilena en particular, sino que asimismo de la evolución legislativa que los principales y más importantes cuerpos normativos de la región iberoamericana, vienen presentando de un tiempo a ésta parte, en materia de Sociedades de Garantía Recíproca.

Para tal objeto, resultará necesario analizar no sólo los principales aspectos de las distintas legislaciones iberoamericanas, sino que también se tratará de contrastar y resaltar la influencia que la reforma legislativa española de 1994³ haya podido tener sobre ellas.⁴

A lo anterior, se debe agregar el fruto del trabajo que tanto la doctrina como jurisprudencia española, vienen desarrollando a partir del análisis y estudio de no sólo la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sino que asimismo la de su antecesor, a saber; el Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio, sobre Régimen Jurídico, Fiscal y Financiero de las Sociedades de Garantía Recíproca, y a partir de lo cual se constituirán adicionalmente, en una importante guía y referente natural del estudio comparado que la presente investigación

³ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994.

⁴ Tal como señala la Exposición de motivos de la LSGR Española- Ley 1/1994: “La estructura empresarial española es la propia de un país de pequeñas y medianas empresas. La PYME constituye un factor clave de estabilidad y competitividad. Su importante papel en materia de creación de riqueza y generación de empleo; su flexibilidad de adaptación a los cambios producidos por los ciclos económicos, y su gran sensibilidad a los procesos de relanzamiento de la inversión, contrastan con las desventajas comparativas inherentes a su pequeña dimensión.”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

pretende efectuar de las más importantes legislaciones iberoamericanas en materia de sociedades de garantía recíproca.

En virtud de todo lo expuesto, es que para el desarrollo de la presente investigación dividiremos su estudio en dos capítulos principales más las conclusiones finales que a vía de reflexión final, resulten necesarias.

El primero de los capítulos de la investigación, denominado **“Bases para una Sociedad de Garantía Recíproca Iberoamericana”**, se estructurará en torno a un estudio comparado de los principales y más importantes cuerpos normativos de la región iberoamericana, destacando entre ellos por su experiencia en la materia, los casos de Guatemala, El Salvador, España, Argentina, Uruguay, Nicaragua, Bolivia, entre otros.

Por su parte, el segundo capítulo denominado **“La Sociedad de Garantía Recíproca Chilena”**, se estructurará en base a una doble perspectiva. Por un lado, y bajo la denominación de “Algunas consideraciones para la implementación de las Instituciones de Garantía Recíproca en Chile”- este capítulo comenzará por presentarnos un panorama general de la situación legislativa chilena, justo en el momento previo a la creación y posterior operación de la primera institución de garantía chilena.⁵ De otra parte- y bajo la consigna denominada “Normas Orgánicas y Funcionales de la Sociedad de Garantía Recíproca Chilena,”⁶ éste segundo acápite planteará un análisis detallado de la ley 20.179, a partir de la propia nomenclatura utilizada por el legislador chileno, a saber; en entorno a una división orgánica y otra funcional de su articulado.

⁵ Cabe recordar que a partir de dicha investigación, surgió una comunicación la cual resultó seleccionada al alero de la convocatoria para presentar publicaciones para el XII Foro Iberoamericano de Sistemas de Garantías y Financiamiento para la Micro y Pyme, desarrollado en Santiago de Chile, entre los días 12 al 14 de noviembre de 2007.

⁶ Sobre la misma línea investigativa surgió esta segunda comunicación la cual también resultó seleccionada al alero de la convocatoria para presentar publicaciones, ésta vez para el XIII Foro Iberoamericano de Sistemas de Garantías y Financiamiento para la Micro y Pyme, desarrollado en Salvador de Bahía, Brasil, entre los días 12 al 14 de noviembre de 2008.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Como epílogo, nos referiremos a las **“Conclusiones”** finales de este trabajo, presentando para ello las principales importancias del estudio realizado, y esbozando asimismo los desafíos que presenta para la realidad Iberoamericana en general, la existencia de normativas diversas pero intrínsecamente complementarias en materia de Sociedades de Garantía Recíproca.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

CAPÍTULO I

**“BASES PARA UNA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Sumario

1. Introducción. 2. La sociedad de garantía recíproca iberoamericana en tanto instrumento de promoción empresarial. 3. Caracteres distintivos de una Sociedad de Garantía Recíproca Iberoamericana 4. Aportes jurisprudenciales. 5. Reflexiones conclusivas.

1. Introducción.

La existencia de carencias comunes, como lo son los problemas derivados por el acceso a condiciones favorables e informadas de crédito, o bien la necesidad de poder contar con asesoría profesional acorde con el tamaño y realidad de la Mipyme- ha gatillado que cada vez sean más las legislaciones de los distintos países de Iberoamérica, que hayan decidido el poder contar una regulación e implementación propia en torno a las sociedades de garantía recíproca.⁷

De ahí que en la actualidad iberoamericana ya se cuente con una cifra que bordea una veintena de países que cuentan actualmente con un marco jurídico sobre la materia.⁸

⁷ Es más, el propio legislador español de 1994- reconoce éstas carencias al disponer en los primeros párrafos de su exposición de motivos que: “Uno de los más importantes problemas que sufre la PYME es la dificultad para acceder a una financiación adecuada a sus posibilidades, lo que limita su capacidad de expansión y crecimiento. La pequeña y mediana empresa cuenta con un capital social escaso que limita su capacidad financiera y sus márgenes de maniobra. Esta limitación, en términos relativos con la gran empresa, se manifiesta por una insuficiencia de garantías ante las entidades de crédito, una dificultad para acceder directamente al mercado de capitales, un mayor distanciamiento de los centros de decisión financiera y una acusada carencia de información y asesoramiento en esta materia.”

⁸ V., 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. Ob.cit.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Cabe agregar que junto a esta serie de países iberoamericanos que ya cuentan con una regulación específica y vigente sobre sociedades de garantía recíproca, se agregan otra serie de intentos legislativos que de un tiempo a ésta parte se vienen desarrollando en la región- y respecto de los cuales se espera poder contar prontamente con las respectivas aprobaciones de sus proyectos de ley.⁹

Ahora bien, no se puede dejar de reconocer que este desarrollo y evolución no ha sido fortuito, sino que ha respondido a un efecto en cadena, provocado a partir de la reforma sufrida por la legislación española en el año 1994.

Efectivamente, y tal como veremos a lo largo del presente capítulo, la reforma legislativa española de 1994¹⁰- se constituyó en un importante factor para un desarrollo más efectivo y progresivo de las sociedades de garantía recíproca iberoamericanas.

A mayor abundamiento- y tal como señalan Pombo, Molina, y Ramírez¹¹: “En los últimos años, los sistemas de garantía en el entorno iberoamericano han evolucionado, especialmente, en el contexto de nuevas legislaciones en materia de Sociedades de Garantía Recíproca (SGR) y, en concreto, por la influencia de la reforma legislativa española de 1994, que ha ejercido una notoria influencia en el desarrollo de los sistemas de Portugal (1995), Argentina (1995), Venezuela (1999), Brasil (1999) –aunque de forma muy incipiente-, Uruguay (2000), El Salvador (2001), Chile (2007) y Nicaragua (2008), así como los primeros impulsos legislativos que se están produciendo en Honduras, Guatemala, República Dominicana, Bolivia y Paraguay.”

⁹ Como por ejemplo ocurre con el proyecto de ley boliviano, o el recientemente anunciado ante proyecto de ley peruano en materia de Sociedades de Garantía Recíproca.

¹⁰ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994.

¹¹ 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.Ob.cit.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Así las cosas, cabe preguntarse si ésta influencia y proliferación legislativa, surgida precisamente a partir de la reforma de la legislación española- nos puede otorgar los elementos propios y características comunes de una sociedad de garantía recíproca iberoamericana.

En otras palabras, lo que se pretende demostrar a través del estudio de las distintas legislaciones y/o proyectos legislativos de la región, es que a partir de la existencia en muchos de los casos de este referente común- como lo es el caso español, surgen como efecto, una serie de características propias o distintivas de lo que sería una sociedad de garantía recíproca iberoamericana.

Tal como veremos a lo largo del presente capítulo, el análisis de dichas características lo hemos efectuado a partir de una triple perspectiva.

En primer lugar, trataremos de explicar cuáles son los alcances que implica el considerar a las sociedades de garantía recíproca como “*instrumento de promoción empresarial.*”

De otro lado, enunciaremos cuáles serían aquellas características propias- pero al mismo tiempo comunes, y que tendría una sociedad de garantía recíproca iberoamericana.¹²

Finalmente, y partir del análisis de una serie de fallos de tribunales españoles en materia de sociedades de garantía recíproca, trataremos de dilucidar cuáles son los principales y más importantes aportes que la jurisprudencia española puede entregar al respecto, en tanto referente natural para las otras legislaciones iberoamericanas.

¹² Señalamos que las características son propias, ya precisamente estarían presente en este tipo social y no en otro. Por otra parte, sostenemos que son comunes, ya que precisamente son obtenidas a partir de un estudio comparado de lo dispuesto al efecto por las distintas legislaciones y/o proyectos de ley iberoamericanos.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

2. La sociedad de garantía recíproca iberoamericana en tanto “instrumento de promoción empresarial”. Funciones y servicios.

Referirnos a la sociedad de garantía recíproca iberoamericana en tanto “*instrumento de promoción empresarial*”, significa abordarla desde una perspectiva compuesta de dos elementos, como lo son; por un lado la especialidad de su tipo social y por otra parte, la función integral que se encuentra llamada a cumplir en beneficio de la Mipyme.¹³

En efecto, por una parte es poder visualizar que la sociedad de garantía recíproca iberoamericana en tanto tipo social, presenta rasgos propios o distintos, que permiten afirmar que nos encontramos frente a un tipo social híbrido y autónomo, es decir- a un tipo social que siendo propio se conforma a partir de la mezcla de características propias de otros tipos sociales, como lo son las sociedades anónimas, las sociedades colectivas de responsabilidad limitada, o bien- las cooperativas desde la perspectiva más mutualista.¹⁴

Es más, si se realiza un estudio comparado de las distintas legislaciones iberoamericanas sobre la materia, es posible concluir a priori- que en prácticamente todos los casos, el capital y el régimen de responsabilidad de sus socios por las deudas sociales

¹³ Según el Dr. Pombo González. “La existencia de las sociedades y su utilización como instrumento de promoción empresarial y económica por parte de los administradores públicos es un elemento consustancial con el sistema. Existen múltiples formas de llevar adelante este uso, pero todos tienen en común la aceptación del carácter de entidad financiera de las scm y por consiguiente, la salvaguarda de la solidez y solvencia de las sociedades como base principal que se debe de respetar. Esta situación que entra dentro de cualquier lógica promocional, desde el punto de vista financiero, no siempre es bien comprendido dando origen a difusiones como las sufridas en nuestro país con el funcionamiento de la antigua Sociedad Mixta del Segundo Aval, S.A que entorpecía el desarrollo de un real sistema de mutuas garantías a favor de las empresas” Pombo González Pablo, “Las Sociedades de Garantías Recíprocas: una experiencia de financiación de las pymes”, páginas 291-293.

¹⁴ Para el Profesor Francisco Vicent Chuliá, la SGR: “Es una sociedad mercantil de capital, con elementos de S.A, de SRL (sus participaciones no son incorporables a títulos negociables) y de Cooperativa (su base mutualística). Su objeto social exclusivo es conceder avales a sus socios partícipes, que en su casi totalidad han de ser pequeñas y medianas empresas, es decir, con un máximo de 250 trabajadores (PYME) para que puedan acceder a la financiación bancaria, prestándoles además asistencia y asesoramiento financiero. Son entidades financieras, sometidas a autorización y control del Banco de España. El R.D 2.345/96 de 8 noviembre (BOE del 21) establece las normas sobre autorización y requisitos de solvencia. Pero no son Entidades de Crédito (no están sometidas a la Ley 26/1988 y otras complementarias). Se constituyen mediante escritura notarial e inscripción en el Registro Mercantil (arts. 249 a 253 RRM)”.Vicent Chulia, Francisco; “Introducción al Derecho Mercantil”, 10 Edición, Valencia 1997. Página 443.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

se rigen por normas análogas a las de la sociedad anónima,¹⁵ y por otro lado- todo lo relativo a derechos de los socios se encuentran inspirados en el carácter mutualista de la sociedad.¹⁶

Por otro lado- y tal como enunciamos precedentemente, entendemos que la SGR se encuentra llamada a cumplir una *función integral* en beneficio de la Mipyme.¹⁷

A través de dicha función, la SGR se encuentra llamada a ser algo más que un tipo social híbrido y autónomo.¹⁸

¹⁵ A vía ejemplar- basta recordar la forma como el legislador español, regula estas notas características de la SGR en la exposición de motivos de la ley 1/1994, al disponer al efecto que: “El nuevo texto legal respeta las características fundamentales de las Sociedades de Garantía Recíproca establecidas por el Real Decreto 1885/1978, que han contribuido al éxito de la institución. Por consiguiente, en ese aspecto fundamental de la delimitación del tipo societario no se contienen modificaciones esenciales. Las Sociedades de Garantía Reciproca siguen siendo un tipo especial de sociedad, que en lo que se refiere al capital social y a la responsabilidad de los socios por las deudas sociales se asemeja totalmente a una sociedad anónima; pero en lo que se refiere a los derechos de los socios predomina el carácter mutualista. Estas sociedades tienen que ofrecer sólidas garantías a los terceros, pero tienen que estar dominadas por las pequeñas y medianas empresas a las que apoyan e impulsan financieramente. Por ello se incluye la exigencia de que estén constituidas por pequeñas y medianas empresas.”

¹⁶ Señalamos que estas características se comparten en “prácticamente todos los casos”, y no en todos ellos, ya que tal como veremos más adelante- en el caso chileno todo lo relativo a los derechos de los socios- fue entregado a través de una remisión normativa genérica, a las normas de la sociedad anónima, escapándose en consecuencia del carácter mutualista que reina sobre la materia. En efecto, pensamos que sólo para el caso que la institución de garantía recíproca respectiva- como la denomina el legislador chileno, haya optado por constituirse bajo un modelo cooperativo, recién ahí cabría considerar que el carácter mutualista no se ha perdido del todo.

¹⁷ Para Broseto Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando; “El nacimiento de este tipo social debe enmarcarse en la necesidad de ofrecer soluciones a los problemas financieros con que se enfrenta la pequeña y mediana empresa (PYME). En la mayoría de las ocasiones las PYMES no se encuentran en situación de hacer uso de los cauces de financiación existentes al no poder ofrecer las garantías exigidas habitualmente por las entidades de crédito. Con la creación de las SGR se intenta facilitar la financiación de las PYMES, evitando que tenga que afectar en garantía todos o las mayoría de sus recursos propios, prestando las garantías necesarias para que los socios consigan los créditos que precisen, negociando con las entidades de crédito a efectos de conseguir mejores condiciones de crédito, y asesorando e informando debidamente al empresario”. Broseto Pont Manuel y Martínez Sanz Fernando, “Manual de Derecho Mercantil” 12 Edición, Vol. I, Madrid, 2005.

¹⁸ Sobre este punto, Enrique Gómez Jiménez, en su obra “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, con respecto a la SGR española señala que: “Ante los diversos inconvenientes anteriormente apuntados y siguiendo el ejemplo de otras naciones, la solución elegida fue la regulación como tipo social autónomo. A sí pues, se creó un híbrido que tomo de la Sociedad Anónima la exclusión de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, el proceso fundacional, algunos aspectos de la normativa sobre el capital social y la organización societaria; y de la Sociedad Cooperativa el sistema de puesta abierta, la variabilidad del capital y otros aspectos de menor importancia anteriormente reseñados. Desde una perspectiva estrictamente económica y de acuerdo con la definición de Caballero Sánchez-Izquierdo, la S.G.R son: intermediarios financieros dedicados a la prestación del servicio del aval que, sobre la base de una

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

En efecto, creemos que la SGR- en tanto fenómeno jurídico-económico, se encuentra llamada a ser un útil y completo instrumento por y para la Mipyme iberoamericana.

Lo anterior, significa reconocer que la SGR es un medio para que la Mipyme no sólo acceda a mejores condiciones crediticias, sino que asimismo para que cuente con una asesoría técnica, que estando hecha a su medida- le permita en definitiva el poder crecer y mejorar en cantidad y calidad.

Sobre el particular, estimamos que resulta sumamente interesante, el traer colación y analizar la manera en que legislaciones tales como la española, la salvadoreña, la nicaragüense, y por último la argentina- han dispuesto en sus respectivas exposiciones de motivos, a la hora de considerar verdaderamente a la SGR como un instrumento de financiación para la Mipyme-en términos estrictos, y de promoción empresarial en términos amplios.

2.1 El referente español.

En primer término, encontramos lo que el mismísimo legislador de la ley 1/1994¹⁹ dio cuenta en su exposición de motivos, a partir del rango de instrumento de promoción empresarial que le acuñó a la SGR en tanto tipo social de naturaleza híbrida y en la cual, junto con el cumplimiento de una serie de funciones que se le asignan por ley - entre las cuales por supuesto se destaca el de ser un puente facilitador para el acceso a condiciones

compensación técnica de riesgos, distribuyen estadísticamente a través de una actividad empresarial profesionalmente organizada. Son intermediarios financieros dado que su función consiste en encausar los saldos financieros positivos hacia agentes que tienen necesidad de financiación, lo que se ajusta al concepto de intermediario financiero; y además, por los siguientes motivos: Existe un diferimiento en el tiempo entre la captación de recursos y la prestación de servicios. Intervienen en los mercados de dinero y capitales, captando recursos para su posterior colocación. Invierten el siglo productivo ordinario, ya que los ingresos preceden a los gastos propios del servicio que presta”. Gómez Jiménez, Enrique M, “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, Universidad de Granada, Biblioteca de Ciencias Económicas y Empresariales, 1994.

¹⁹ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

de crédito más favorables para la Pyme, se agrega por otra parte, lo que denomina como “*servicios*” que éstas sociedades harán de prestar a sus asociados.²⁰

En efecto, la exposición de motivos de la ley 1/1994, da cuenta de una serie de modificaciones y por sobre todo mejoras que se incorporaron al régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, pero en buenas cuentas y al año 1994, el sistema en España, ya contaba con 16 años de ejercicio.

En otras palabras, estimamos que el sistema de garantía recíproca español se constituyó con el paso del tiempo, en una guía para los otros países iberoamericanos que ya sea cuenta en la actualidad con un sistema de garantía recíproca, se encuentran cerca de tenerlo aprobado, o bien, su futura implementación todavía se encuentra en una etapa preliminar de estudio.

De ahí que no nos extrañe, el hecho que por ejemplo en la exposición de motivos nicaragüense, se repitan párrafos prácticamente iguales a los de su par español, y que en consecuencia, le haya servido de referente obligado para los siguientes intentos legislativos que se iniciaron con posterioridad a la reforma española del año 1994.

Asimismo, la exposición de motivos española se ha constituido en referente obligado no sólo en el fondo, sino que asimismo en la forma de cómo plantear los problemas que le aquejan generalmente a la Pyme- y como contrapartida, las soluciones que el sistema de garantía recíproca viene a solucionar y/o aportar al respecto.

De hecho, la estructura que presenta la exposición de motivos española parte por ilustrar los problemas que le aquejan a la Pyme- y acto seguido, explica la forma en que la SGR les podrá dar solución.

²⁰ Para una mayor comprensión de esta materia, recomendamos al lector ver, De la Fuente Cabrero, Concepción; “Sociedades de garantía recíproca: entidades financieras en el sistema financiero Español”, Villaviciosa de Odón, Madrid, 2002.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Sin ir más lejos, en el caso español- la exposición de motivos de la ley 1/1994, da cuenta de dichos inconvenientes al disponer en sus primeros párrafos que: “Uno de los más importantes problemas que sufre la PYME es la dificultad para acceder a una financiación adecuada a sus posibilidades, lo que limita su capacidad de expansión y crecimiento. La pequeña y mediana empresa cuenta con un capital social escaso que limita su capacidad financiera y sus márgenes de maniobra. Esta limitación, en términos relativos con la gran empresa, se manifiesta por una insuficiencia de garantías ante las entidades de crédito, una dificultad para acceder directamente al mercado de capitales, un mayor distanciamiento de los centros de decisión financiera y una acusada carencia de información y asesoramiento en esta materia.”

Posteriormente, la exposición de motivos de la ley 1/1994- otorga una cuenta precisa acerca de la forma de cómo se venían enfrentando y solucionando los problemas citados, al señalar que: “Para contribuir a la solución de estos problemas financieros, el Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio, reguló el Régimen Jurídico, Fiscal y Financiero de las Sociedades de Garantía Recíproca que habían sido creadas por el Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero, dando lugar a un régimen mercantil específico para estas sociedades.”

A mayor abundamiento- la exposición de motivos española fue más allá, y sentó las bases de esta concepción amplia que se reconoce en las otras legislaciones iberoamericanas, en torno a que la SGR, más que un tipo social especial- se constituye en buenas cuentas, en un instrumento de promoción empresarial, que cumple múltiples funciones y servicios.

Con respecto a las *funciones*, la exposición de motivos hace un reconocimiento empírico a lo que se venía desarrollando hasta dicho momento en España, a saber; desde la entrada en vigencia del Real Decreto 1885/1978, de 26 de julio, hasta la entrada en vigor de la reforma de 1994, disponiendo literalmente al efecto que: “Dentro de este marco legal, las Sociedades de Garantía Recíproca han venido desempeñando, apoyadas en un marcado carácter mutualista, dos funciones básicas”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

La primera consiste en: “Conceder avales que permitan a la PYME acceder a la financiación bancaria, sin precisar por ello afectar a garantías todos sus recursos propios”.

La segunda función por su parte, se refiere a la posibilidad que le asiste a la SGR a orden a poder: “Facilitar el acceso de las empresas avaladas a líneas de financiación privilegiada y obtener mejores condiciones en sus créditos que los que conseguirían por sí solas en el mercado”.

Ahora bien, junto a las dos funciones señaladas- la exposición de motivos de la ley 1/1994 agrega una serie de “*servicios*” que la SGR entrega a sus beneficiarios- al reconocer que: “Pero además de estas dos funciones básicas, las Sociedades de Garantía Reciproca han demostrado su eficacia para prestar una gama de servicios a las PYMES complementarios a la prestación del aval:”

El primero de los servicios apunta a la posibilidad de poder: “Negociar con las entidades de crédito mejores condiciones de crédito de las que obtendría la PYME si acudiera individualmente a estas entidades”.

Asimismo, se agregan dos servicios de trascendental relevancia como lo son por una parte el: “Poner en marcha servicios de información que den a conocer a la PYME instrumentos financieros mejor adaptados a sus necesidades”, y por otro lado; el “Proporcionar al empresario un asesoramiento eficaz en cuanto que analizan, evalúan y aconsejan sobre el proyecto de inversión que la pequeña empresa va a realizar.”

Finalmente- y a partir de todo lo anterior, es que la exposición de motivos le reconoce esta cualidad especial a la SGR en la promoción empresarial, al señalar que: “Por lo tanto, las Sociedades de Garantía Recíproca se comportan como un instrumento de

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

promoción empresarial, que facilita el crédito a la PYME al permitir orientar, promocionar e incentivar la inversión por ellas avalada”.²¹

2.2 La doble regulación del legislador salvadoreño.

En segundo lugar- creemos que resulta necesario analizar la forma de cómo el legislador salvadoreño, en su denominada “*Ley del sistema de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa rural y urbana*”,²² se refirió al papel genérico que le correspondería cumplir a la sociedad de garantía recíproca en beneficio de la Mipyme, y asimismo a la labor particular que le encomendó en lo que guarda relación con el mejoramiento de sus condiciones de acceso a condiciones crediticias más contestes con su realidad.

Sobre el particular, cabe precisar que el legislador salvadoreño trató el tema desde una doble perspectiva.

Primeramente- en los considerandos III al V de la ley, el legislador salvadoreño parte por reconocer tres pilares fundamentales para la consideración de la SGR como “instrumento de promoción empresarial”, como lo son; su importancia en el desarrollo económico de los países iberoamericanos,²³ la permanente necesidad que le atañe al Estado en orden a mejorar su capacidad competitiva y a facilitar su acceso al crédito por medio de

²¹ A partir de esta orientación, promoción e incentivos- es que precisamente se genera el efecto multiplicador de la SGR, en tanto no sólo se facilita y mejora el acceso al crédito para la Mipyme, sino que se fomenta que todas las unidades de negocios y/o emprendimientos que le dan origen, se puedan efectivamente llevar a cabo, permitiendo de paso, que otras empresas con similares características se unan en este esfuerzo de beneficio común para sus asociados.

²² Decreto Legislativo número 553, de fecha 20/09/2001. Publicado en el Diario Oficial número 199 de fecha 22/10/2001. Reformado por D.L. N° 821, del 19 de abril del 2002, publicado en el D. O. N° 89, Tomo 355, del 17 de mayo del 2002.

²³ El considerando III, señala que: “La importancia de la micro, pequeña y mediana empresa en el desarrollo económico del país por su contribución a la generación de empleo tecnificando la mano de obra y la eliminación de la pobreza”.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

garantías eficientes,²⁴ y finalmente; la búsqueda de mecanismos o fórmulas que fomenten la asociatividad y desarrollo empresarial mediante la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas.²⁵

De otra parte, en el Capítulo Preliminar de la ley de sociedades de garantía recíproca de la República de El Salvador- denominado “*Disposiciones generales*”, y más específicamente en el artículo 1 de la ley llamado “*objeto y alcance*”, el legislador salvadoreño delimita el alcance de la instrumentalización de la SGR en aras de la promoción empresarial a dos ámbitos como lo son; la facilitación del acceso al financiamiento, y a las contrataciones y adquisiciones públicas o privadas para la micro, pequeña y mediana empresa.²⁶

2.3 La influencia española en el caso nicaragüense.

Un tercera realidad iberoamericana que reconoce también esta connotación de “*instrumento de promoción empresarial*” a la SGR, apunta al caso de la República de Nicaragua, y su reciente legislación sobre la materia, aprobada el 25 de junio de 2008.²⁷

Tal como veremos a continuación, lo primero cabe resaltar con respecto al caso nicaragüense, es una clara y marcada influencia que tanto la exposición de motivos, como asimismo el propio texto normativo de la ley española 1/1994, tuvieron sobre el legislador centroamericano, a la hora de establecer tanto su *ratio legis* como asimismo la expresión y alcances de sus normas.

²⁴ Por su parte, el considerando IV- agrega que: “Que el profundo interés social del Estado para mejorar la capacidad competitiva de las micro, pequeñas y medianas empresas y la facilitación del acceso al crédito a éstas por medio de las garantías”.

²⁵ Para tales efectos, agrega que: “La necesidad de un Sistema de Garantías que mediante el establecimiento de Sociedades de Garantía cumpla el fin de garantizar las obligaciones eficientemente y, además, que permita a las gremiales y empresarios la asociatividad y desarrollo empresarial mediante la participación de los micro, pequeños y medianos empresarios en estas sociedades.”

²⁶ Dispone el artículo 1 que: “El propósito de esta Ley es regular el Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca y sus operaciones, para facilitar el acceso de la micro, pequeña y mediana empresa al financiamiento y a las contrataciones y adquisiciones públicas o privadas.”

²⁷ Ley del sistema de sociedades de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa. Ley Número 663, aprobada el 25 de Junio de 2008, publicada en La Gaceta N° 173 del 08 de Septiembre de 2008.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

En efecto, si se analizan y contrastan las exposiciones de motivos de la ley 1/1994 española, con la exposición de motivos de la ley núm. 663 nicaragüense, no se puede dejar reconocer la notoria influencia que sobre el particular tuvo la primera de ellas.

De hecho, en la exposición de motivos nicaragüense se utilizó el mismo orden seguido por su par español, es decir; primero presenta los problemas que le aquejan a la Mipyme, y posteriormente da cuenta de la forma de cómo se espera que la SGR- en tanto instrumento de promoción empresarial- les pueda dar solución.²⁸

A mayor abundamiento, el legislador nicaragüense incluso llegó repetir literalmente los mismos términos con que su par español se refirió en su oportunidad a la realidad empresarial local, al señalar que: “La estructura empresarial nicaragüense es la propia de un país de pequeñas y medianas empresas, la cual constituye un factor clave de estabilidad y competitividad. Su importante papel en materia de creación de empleo, generación de riqueza y su contribución a la paz social; su flexibilidad de adaptación a los cambios producidos por los ciclos económicos, y su gran sensibilidad a los procesos de relanzamiento de la inversión, contrastan con las desventajas comparativas inherentes a su pequeña dimensión”²⁹

Acto seguido, la exposición de motivos nicaragüense- siguiendo la línea trazada por su homólogo español- da cuenta de los problemas que le aquejan a la realidad Mipyme, al

²⁸ Recordemos que en la exposición de motivos de la ley 1/1994, se utilizaron términos idénticos sobre el tema, cuando se señaló en su primer párrafo que: “La estructura empresarial española es la propia de un país de pequeñas y medianas empresas. La PYME constituye un factor clave de estabilidad y competitividad. Su importante papel en materia de creación de riqueza y generación de empleo; su flexibilidad de adaptación a los cambios producidos por los ciclos económicos, y su gran sensibilidad a los procesos de relanzamiento de la inversión, contrastan con las desventajas comparativas inherentes a su pequeña dimensión.”

²⁹ Señala la exposición de motivos nicaragüense que: “El presente documento contiene la Exposición de Motivos y el Proyecto de Ley de Sociedades de Garantías Recíprocas para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa de Nicaragua. El Gobierno de la República de Nicaragua, consciente de las dificultades que las micros, pequeñas y medianas empresas, tienen para acceder a los créditos por las altas tasas de intereses y por la falta de garantía para su financiación, ha considerado necesario someter a la consideración de la Asamblea Nacional, la presente Ley que regula el SISTEMA DE GARANTÍAS RECÍPROCAS PARA LAS MIPYME, dando así; un paso decisivo para el desarrollo y crecimiento de las MIPYME's y por ende para la creación de empleo y el desarrollo de la NACIÓN.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

disponer al efecto que: “Las dificultades más evidentes en este sector, en términos generales radican en la informalidad de las empresas, fuertes deficiencias en los aspectos gerenciales y técnicos productivos, una base tecnológica obsoleta, entre otros. Sin embargo, la más importante de las dificultades que sufren el sector es el de acceso a un financiamiento adecuado a sus necesidades, lo que condiciona negativamente su expansión y crecimiento.”³⁰

Una vez definidas las causas del problema, la exposición precisa el aporte principal que se espera de la SGR nicaragüense al señalar que: “Para contribuir a la solución de estos problemas financieros, el Gobierno de la Republica, mediante esta Ley establece el Régimen Jurídico, Fiscal y Financiero de las Sociedades de Garantías Recíprocas, dando lugar a un régimen mercantil específico para estas sociedades, que permitirá facilitar el acceso al crédito mediante el perfeccionamiento de garantías colectivas o solidarias.”

Y de otro lado agrega que: “Dentro de este sistema, las Sociedades de Garantías Recíprocas apoyadas en un mercado carácter mutualista facilitan a la MIPYME el acceso a la financiación del Sistema Financiero Nacional mediante el otorgamiento de avales para líneas de financiación privilegiadas y con mejores condiciones en sus créditos que las que conseguirían por sí solas en el mercado.”

Sobre el particular, no se puede dejar de reconocer que es precisamente la facilitación del acceso de la Mipyme a una financiación privilegiada y a mejores

³⁰ Es más, siguiendo la misma línea argumentativa que la exposición de motivos de la ley 1/1994- la exposición de motivos nicaragüense precisa que una de las causas de la limitada capacidad financiera de la Mipyme es precisamente la escasez de su capital social, al agregar que: “El sector MIPYME cuenta con un capital social escaso, que limita su capacidad financiera y sus márgenes de maniobra. Esta limitación, en términos relativos con la gran empresa, se manifiesta por una insuficiencia de garantías ante las entidades de crédito, dificultades para acceder directamente al mercado de capitales, mayor distanciamiento de los centros de decisión financiera y una acusada carencia de información y asesoramiento en esta materia”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

condiciones en sus créditos que las que conseguirían por sí solas en el mercado- lo que al final del día, se constituye en la función básica o principal de la SGR nicaragüense.

Decimos que se constituye en su función principal o básica, ya que el legislador nicaragüense- al igual que su par español- también entiende que existen *servicios complementarios* que la SGR debe entregar a sus beneficiarios, y los cuales no hacen otra cosa que dar cuenta de su significación en tanto instrumento de promoción empresarial.³¹

Dichos servicios complementarios o conexos- según lo dispuesto por la exposición de motivos nicaragüense- consisten en:

- a. “Brindar servicios de información que den a conocer a la MIPYME instrumentos financieros adecuados a sus necesidades.
- b. Proporcionar al empresario un servicio eficaz para analizar, evaluar y asesorar el proyecto de inversión que vaya a realizar.
- c. Brindar asesoramiento financiero a sus socios, para que la MIPYME adquiera el nivel de endeudamiento que técnica y financieramente sea posible para el buen desarrollo de la misma.
- d. Brindar asistencia durante la implementación del proyecto y su funcionamiento durante el plazo del financiamiento.”

A todo lo expuesto, cabe añadir que en el caso del legislador nicaragüense, junto con lo detallado en su exposición de motivos, se agregan elementos que refuerzan este sello

³¹ De ahí que la exposición de motivos nicaragüense, una vez enunciados cuáles serían los servicios complementarios a su función básica de facilitación de acceso al crédito, termine por concluir que: “Por lo tanto, las Sociedades de Garantías Recíprocas se comportan como un instrumento financiero de promoción empresarial que facilita el acceso al crédito y que permite orientar, promocionar e incentivar la inversión, al convertir en sujetos de crédito idóneo a las MIPYMES, a fin de que éstas puedan mejorar sus niveles de competitividad y eficiencia para una efectiva inserción en los mercados y generación de empleos”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

de instrumento de promoción empresarial de la SGR, y que nacen de los propios considerandos de su ley.

En dicho sentido, se debe reconocer que en el caso nicaragüense se siguió una línea compuesta de dos vertientes para considerar a la SGR como instrumento de promoción empresarial, a saber, por una parte- su exposición de motivos, y por otra, los considerandos previos quinto a noveno de su propio texto normativo.

Dichos considerandos, se constituyen al fin de cuentas- en verdaderas declaraciones de principios generales en beneficio de la Mipyme, muy cercanas por cierto, a lo que en legislaciones como la argentina se plasmó derechamente como políticas de Estado en beneficio de dichas unidades económicas.³²

2.4 El fomento de la Mipyme argentina a través de su política estatal.

La cuarta y última legislación que abordaremos en materia de SGR en tanto instrumento de promoción empresarial, corresponde a la realidad argentina y en concreto- a los alcances de su ley núm. 24.467, sobre “*Régimen para pequeñas y medianas empresas*”³³

³² En concreto, dichos considerandos señalan que: “V. Que uno de los principales problemas que sufren la Micro, Pequeña y Mediana Producción Urbana y Rural, Agropecuaria y No Agropecuaria es la dificultad para acceder a una financiación adecuada, suficiente y oportuna, limitándoles sus posibilidades y su capacidad de crecimiento. VI Que es necesario facilitar el acceso al crédito en condiciones competitivas y a los servicios de asistencia técnica para el fomento de las inversiones y del desarrollo de los sistemas productivos del país. VII Que existen suficientes experiencias y resultados positivos en varios países que demuestran que mediante el establecimiento de Sociedades de Garantías Recíprocas se puede garantizar las obligaciones crediticias eficientemente y permitirles a las empresas individuales o asociativas el desarrollo y crecimiento empresarial mediante la participación de las mismas en este tipo de sociedades en alianzas estratégicas con las grandes empresas. VIII Que el modelo de Sociedades de Garantías Recíprocas permite a los oferentes de servicios financieros garantías líquidas, reduciendo significativamente los riesgos crediticios y los costos y gastos de transacciones, ampliando el universo de clientes potenciales al sistema financiero nacional. IX Con el Sistema de Garantías Recíprocas se logra la promoción de la MIPYME, mediante nuevas inversiones que generan iniciativas empresariales que producen empleo, contribuyendo a la vez al ordenamiento de la economía y al aumento de la base de contribuyentes, acordes con las Políticas de Fomento para los sectores productivos”.

³³ Ley núm. 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas,” promulgada el día 23 marzo 1995, Publicada en Boletín Oficial con fecha 28 de marzo de 1995. Ob.cit.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Sobre el particular, lo primero que cabe precisar es que a diferencia de sus pares español, salvadoreño, o nicaragüense, la forma como el legislador argentino le reconoció a la SGR su función amplia en tanto instrumento de promoción empresarial, se deriva no de la exposición de motivos, sino que a partir de normas expresas que se encuentran dispersas a lo largo de su título I, denominado “*Disposiciones generales*”.³⁴

Dichas normas expresas, más que dar cuenta de los problemas que se pretenden solucionar con la entrada en vigencia de la ley- tal como lo hubiese sido una exposición de motivos regular- lo que hacen es establecer para la realidad argentina, una serie de asentamientos para una política estatal de promoción general para su Mipyme.

En concreto, los artículos primero, duodécimo y siguientes de la ley 24.467- abordan materias distintas pero tan importantes para el desarrollo integral de la Mipyme argentina que van desde la delimitación del objeto de la ley, a saber: “*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*”,³⁵ hasta medidas tan trascendentales como lo son, la creación de un sistema único integrado de información y asesoramiento para las pequeñas y medianas empresas; el fomento de actividades de capacitación, investigación y formación de recursos humanos para las PYMES; la profundización, ampliación y difusión de un programa de desarrollo de MiPymes proveedoras; o bien el diseño y puesta en práctica de medidas que incentiven y contribuyan a que las pequeñas y medianas empresas argentinas produzcan dentro de los más altos estándares internacionales de calidad”³⁶

³⁴ Ley núm. 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas,” promulgada el día 23 marzo 1995, Publicada en Boletín Oficial con fecha 28 de marzo de 1995. Ob.cit.

³⁵ Art. 1, ley núm. 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas,” promulgada el día 23 marzo 1995, Publicada en Boletín Oficial con fecha 28 de marzo de 1995. Ob.cit.

³⁶ Dado que consideramos que fue un verdadero acierto la forma cómo el legislador argentino plasmó en su propia ley, toda una política estatal de fomento para la Mipyme, creemos conveniente y por sobre todo de cara a nuevos proyectos sobre sociedades de garantía recíproca que se formulen a futuro en Iberoamérica, el poder transcribir literalmente parte de lo que son dichas normas. En primer lugar, encontramos el art. 12 sobre sistema único integrado de información y asesoramiento para las pequeñas y medianas empresas y que dispone: “Créase un Sistema Único Integrado de Información y Asesoramiento para las Pequeñas y Medianas Empresas. Al mismo se incorporarán todas las áreas del sector público, las que deberán aportar toda la

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

De otra parte, la ley núm. 24.467 entre sus artículos 24 y 26, se encargó de regular de manera clara y precisa, tres aspectos de fundamentales para la Mipyme argentina en particular, y porqué no decirlo para la Mipyme iberoamericana en general, como lo son; la relación que este tipo de unidades económicas debe mantener con el medio ambiente en donde desarrolla su objeto; la forma de cómo debe afrontar las diversas trabas administrativas a las cuales se ve expuesta en todo su ciclo económico, y finalmente también, la manera en que efectivamente se resguarda una libre competencia con aplicación específica a las relaciones que las MiPymes, mantienen con las grandes empresas sean éstas sus clientes y/o proveedores.

En efecto, en primer término vemos de qué manera el artículo 24 de la ley 24.467, aborda esta temática tan trascendental en nuestros días para la Mipyme, como lo es la regulación y por sobre todo la protección del medio ambiente, al disponer que el estado nacional deberá: “Arbitrar los medios que promuevan la reconversión de las PYMES en consonancia con la preservación del medio ambiente y los estándares internacionales que rijan en la materia, estimulando la utilización de tecnologías limpias compatibles con un desarrollo sostenible.”

información de que dispongan y que, a juicio de la autoridad de aplicación, resulte de interés para el accionar de las PYMES. Se invitará al sector privado a realizar al sistema único integrado los aportes de información de sus respectivas áreas que estime convenientes. Asimismo, la autoridad de aplicación tomará los recaudos necesarios con el fin de asegurar la adecuada cobertura de todo el territorio nacional y que el asesoramiento y la información sean integrales, atendiendo a cuestiones tan diversas como las tecnologías, las organizativas, las contables, las financieras, las comerciales, las de mercado y a todo otro aspecto esencial para aumentar la productividad de las PYMES. De otro lado, el art. 14 dispuso en materia de capacitación y formación de recursos humanos que: “Con idéntico propósito encomiéndose al Poder Ejecutivo nacional a movilizar, racionalizar y fortalecer tanto los cursos de acción como los recursos de los Institutos Nacionales de Tecnología Agropecuaria (INTA) de Tecnología Industrial (INTI) y de Tecnología Minera (INTEMIN) y de los restantes centros e institutos de investigación y de capacitación y formación de recursos humanos bajo su dependencia, cuyas actividades guarden relación con el accionar de las PYMES. Finalmente, encontramos el mandato amplio que el legislador le dio al Poder Ejecutivo en materia de diseño e implementación de medidas que favorezcan los más altos estándares internacionales de calidad, al disponer en su artículo 18 que: “Encomiéndose al Poder Ejecutivo nacional diseñar y poner en práctica medidas que incentiven y contribuyan a que las pequeñas y medianas empresas produzcan dentro de los más altos estándares internacionales de calidad. Entre otras, propiciará su incorporación progresiva al Sistema Nacional de Certificación de Calidad estableciendo, por la vía reglamentaria, plazos adecuados pero ciertos para la incorporación de sus proveedores PYMES al mismo y a su vez invitando a los estados provinciales a adoptar medidas similares.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

De otra parte, el legislador argentino se hace cargo de un reconocido mal que históricamente aqueja a la Mipyme iberoamericana, como lo es la existencia de una serie de procedimientos de carácter administrativo- de diverso origen y naturaleza, y los cuales no hacen otra cosa que entabrar ya sea la puesta en marcha de la Mipyme en cuestión, o bien, impiden que la empresa goce de aquel tranquilo y merecido impulso que le permita crecer en tamaño y/o calidad.

En dicho sentido, creemos que si bien es cierto que la redacción del artículo 25³⁷ podría parecer a priori como demasiado amplia, no podemos dejar de reconocer que este mandato amplio que la ley argentina le otorga a la autoridad para “entender y proponer toda modificación a procedimientos administrativos previstos en cualquier norma legal”, se justifica en la medida que el fin perseguido, a saber; la reducción de tiempo y costos de gestión- se cumplan efectivamente. En otras palabras, creemos que los reparos que nos podrían surgir a partir de una redacción tan amplia como lo sería la expuesta, se justifican en la medida que este conocido mal encuentre al menos parcialmente algún grado de remedio.

En tercer y último término, el legislador argentino se quiso hacer cargo de un problema netamente comercial pero de gran connotación jurídica y económica, como lo es la regulación y el establecimiento de normas y políticas gubernamentales, que le permitan a la Mipyme el poder contraer relaciones libres, justas, e igualitarias con otras empresas que cuenten con un poder económico y tamaño empresarial mucho mayor.

Para tal objeto, el art 26 de la ley 24.467 faculta: “A la autoridad de aplicación para fijar políticas y dictar normas de lealtad comercial y defensa de la competencia con aplicación específica a las relaciones de las PYMES con las grandes empresas sean éstas sus clientes o proveedores, las que deberán prever la intervención del organismo

³⁷ El art.25 de la ley 24.467 señala que: “La autoridad de aplicación queda facultada para entender y proponer toda modificación a procedimientos administrativos previstos en cualquier norma legal, siempre que por ese medio se logren para la PYME efectivas reducciones de los tiempos y costos de gestión.”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

competente en casos de atraso injustificado o descuentos indebidos en pagos, ya fuere por provisión de bienes o contratación de servicios.”³⁸

3. Caracteres distintivos de una Sociedad de Garantía Recíproca Iberoamericana.

Cuando iniciamos nuestro estudio, planteamos que la actual realidad legislativa iberoamericana presenta tal nivel de similitud en los países en donde ya sea existe una legislación específica en materia de SGR, o bien en donde se encuentra actualmente en trámite de discusión para una futura implementación, que a partir de un estudio comparado de sus normas, resulta posible extraer una serie de elementos que no obstante ser compartidos por las diversas realidades, le confieren un carácter propio o distintivo de lo que un futuro podría ser considerado como una sociedad de garantía recíproca iberoamericana de general aplicación.

Con tal objeto, en el presente acápite estudiaremos nueve características o rasgos diferenciadores de lo que a nuestro entender, sería una sociedad de garantía recíproca iberoamericana.

Al respecto, lo primero que debemos aclarar es que lejos de ser un asunto completamente resuelto, ésta enumeración de nueve rasgos distintivos- es meramente enunciativa, y por tanto, nada impediría que dicho número fuera ampliado o bien re-agrupado de otra forma.

De otro lado, desde ya cabe precisar que la caracterización propia de la SGR iberoamericana, no sólo se estructura a partir de su consideración en tanto tipo social híbrido, sino que asimismo pretende englobar todos sus aspectos operativos que permiten

³⁸ Con respecto a este último punto, si bien se cierto que valoramos la intención del legislador argentino, en el sentido de tratar de hacerse cargo de este problema más bien empírico y de usual ocurrencia que afecta a las relaciones comerciales que la Pyme intenta desarrollar- no podemos sin embargo, dejar de reconocer que su efectiva regulación y protección quedará entregada en definitiva, en las manos de la autoridad respectiva, a saber; el órgano jurisdiccional y/o administrativo que se encuentre mandatado por ley para la defensa y protección de la libre competencia.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

en definitiva, el poder concluir que nos encontramos frente un verdadero sistema de garantías recíprocas en beneficio de la Mipyme iberoamericana.

Finalmente, no se puede dejar de reconocer, que tal como se esbozó con el claro ejemplo de la exposición de motivos nicaragüense, la influencia que la realidad y experiencia española presentará sobre este tema, resulta fundamental.

Lo anterior, no sólo por que la realidad española es quien presenta más experiencia sobre la materia, sino que asimismo por que las propias normas de los otros países iberoamericanos, de manera directa o bien tácitamente, terminan por referirse a ellas.

3.1 Es una sociedad de empresarios. Socios partícipes y socios protectores.

No hay duda que la SGR se encuentra constituida por y para la micro, pequeña y mediana empresa.

En efecto, la SGR encuentra su razón de ser en la Mipyme, y particularmente en los beneficios que le pueda entregar, ya sea de manera precisa en la facilitación a condiciones de financiamiento más favorables, o bien de una manera más genérica o global a través de la suma de acciones y servicios que en definitiva la ayuden en su promoción, crecimiento o desarrollo.

Una de las pruebas más fehacientes que podemos encontrar en torno a esta caracterización de sociedad de empresarios, se encuentra en la consagración normativa y distinción que efectúan prácticamente³⁹ todas y cada una de las legislaciones y/o proyectos legislativos existentes en la actualidad iberoamericana, entre dos tipos socios o clases de

³⁹ Ahora bien, no se puede dejar de reconocer que la distinción entre socios partícipes y protectores, lejos de ser un asunto meramente formal, alcanza aspectos esenciales de la SGR, como lo son su base mutualista en lo que dice relación con el ejercicio de la participación social de sus socios partícipes, o si se quiere decir en otras palabras- de sus beneficiarios.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

socios de la SGR, a saber; por una parte, los denominados socios partícipes, y por otra en cambio, los socios protectores.⁴⁰

En efecto, por una parte encontramos los denominados socios partícipes, quienes son a cuyo favor podrá prestar garantía la sociedad, y quienes habrán de pertenecer al sector de actividades económicas que determinen los estatutos.

De otro lado, encontramos los llamados socios protectores, quienes no podrán solicitar la garantía de la sociedad para sus operaciones, y cuya participación, de manera más o menos uniforme entre las distintas legislaciones iberoamericanas, alcanza directa o indirecta en el capital social, un porcentaje aproximado que no excede del 50% de éste.⁴¹

Incluso, basta recordar que la propia exposición de motivos de la ley 1/1994, reconoce de manera expresa esta circunstancia, al reconocer que precisamente en dicha mutualidad es donde reposa gran parte del éxito y crecimiento que han tenido este tipo especial de sociedad.

De ahí que la exposición de motivos de la ley 1/1994 parte por reconocer que: “El nuevo texto legal respeta las características fundamentales de las Sociedades de Garantía Recíproca establecidas por el Real Decreto 1885/1978, que han contribuido al éxito de la

⁴⁰ Respecto a la condición de socio en la SGR española, Broseto Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando; entienden que: “Tan solo podrán ser socios de la SGR aquellas personas que sean empresarios. La Ley exige que al menos las cuatro quintas partes de los socios de la SGR sean pequeñas y medianas empresas (Art 1.3), entendiéndose por tales, a los efectos de la Ley 1/1994, aquellas cuyo número de trabajadores no exceda de doscientos cincuenta (Art. 1.2). Podrán existir dos clases de socios: 1º) los socios partícipes, que son aquellos a cuyo favor se pueden prestar las garantías por las SGR (siempre para operaciones de la empresa cuya titularidad ostenten); abran de pertenecer al sector de actividades económicas mencionado en los estatutos sociales y su establecimiento deberá estar situado en el ámbito geográfico de la sociedad (Art. 6.1.º); 2.º) junto a los socios partícipes, y a fin de facilitar la financiación de la SGR, los estatutos pueden admitir la existencia de socios protectores, los cuales no tienen derecho a obtener las garantías de la sociedad (Art. 6.2º). A su vez, los socios protectores pueden ser de dos tipos: sin finalidad lucrativa (administraciones públicas, Organismos Autónomos, Empresas Nacionales, Comunidades Autónomas, Entidades Locales, Sociedades Mercantiles en cuyo capital participen cualquiera de estas mayoritariamente, etc.) y con finalidad lucrativa.”. Broseto Pont Manuel y Martínez Sanz Fernando, “Manual de Derecho Mercantil” 12 Edición, Vol. I, Madrid, 2005. Ob.cit.

⁴¹ Ley núm. 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas,” promulgada el día 23 marzo 1995, Publicada en Boletín Oficial con fecha 28 de marzo de 1995. Ob.cit.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

institución. Por consiguiente, en ese aspecto fundamental de la delimitación del tipo societario no se contienen modificaciones esenciales. Las Sociedades de Garantía Recíproca siguen siendo un tipo especial de sociedad, que en lo que se refiere al capital social y a la responsabilidad de los socios por las deudas sociales se asemeja totalmente a una sociedad anónima; pero en lo que se refiere a los derechos de los socios predomina el carácter mutualista”

Por otra parte, la exposición de motivos sin dejar de reconocer la importancia que tiene el fiel cumplimiento de objeto social- en tanto elemento facilitador del acceso crédito para la Mipyme, agrega una exigencia fundamental para su correcta operatividad, como lo es, el estar gobernada por dicho tipo de empresas y no por otras de mayor tamaño o volumen, o bien con una participación mayoritaria en el capital social.⁴²

Finalmente, cabe precisar que para abordar la distinción que las distintas legislaciones iberoamericanas efectúan entre socios partícipes y protectores, seguiremos con la misma línea de investigación trazada para el presente capítulo, es decir, en base a un estudio comparado de lo que al efecto han dispuesto realidades tales como la española, la argentina, la salvadoreña, etcétera.

3.1.1 El caso español.⁴³

La primera realidad iberoamericana que abordaremos con respecto a la consideración que entiende a la SGR en tanto sociedad de empresarios, dividida en socios partícipes y protectores, se refiere- como era de suponer- al caso español.⁴⁴

⁴² Recordemos que la exposición de motivos señala sobre este punto que: “Estas sociedades tienen que ofrecer sólidas garantías a los terceros, pero tienen que estar dominadas por las pequeñas y medianas empresas a las que apoyan e impulsan financieramente. Por ello se incluye la exigencia de que estén constituidas por pequeñas y medianas empresas.”

⁴³ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994.

⁴⁴ Respecto a esta clasificación entre *socios protectores* y *partícipes* de la SGR española, D. José Luis Fernández Ruiz, afirma que: “Los socios pueden ser protectores y partícipes. Los protectores no tienen derecho a obtener las garantías de la sociedad pero se confía a los estatutos sociales la existencia de éstos

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Sobre al particular, cabe reconocer que en el propio texto de la ley 1/1994, visualizamos dos normas precisas que dan cuenta tanto de su tipo social basado en consideración empresarial, como asimismo en su referida clasificación de socios.

En primer término, encontramos el artículo 1 de la ley 1/1994, denominado por el legislador español como: “*Características de las Sociedades de Garantía Recíproca*”, y el cual parte por reconocer la significación propiamente empresarial de la SGR, al señalar que: “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 Recíproca con capital variable, en las que los socios no responderán personalmente de las deudas sociales.”

Por otra parte, el artículo sexto de la ley 1/1994 nominado “*socios partícipes y socios protectores*”, es el encargado de reconocer y delimitar la necesaria existencia de dos tipos de socios en la SGR, a saber, aquéllos que estando constituidos necesariamente como Mipyme, pueden solicitar el afianzamiento de sus obligaciones- socios partícipes, y aquéllos en cambio- que al no ser Mipyme, no se les permite acceder a dicha garantía- y que se les denominará como socios protectores.

Es más, el primer numeral del artículo sexto señala que: “Los socios partícipes habrán de pertenecer al sector o sectores de actividad económica mencionados en los

junto a los socios partícipes. Se ha justificado por la Exposición de Motivos del Decreto la existencia de tales socios en el sentido de que lo esencial en la sociedad de garantía recíproca es precisamente la financiación y de ahí que se aluda a asociaciones empresariales tales como cámara de Comercio, Organismos de la Administración Pública, etc.; que estén interesados en apoyar financieramente a éstas sociedades. Los socios partícipes son “empresarios pertenecientes precisamente al sector de actividades económicas mencionado en los estatutos sociales” y con el ámbito geográfico también delimitado en aquellos. La distinción, pues, de los socios esta clara: por un lado los partícipes, que son los que precisamente van a recibir la garantía de la sociedad cuando lo exija el prestamista, mientras que los socios protectores, en principio, no pueden solicitar la garantía de sociedad para sus operaciones. Los socios partícipes tiene unos derechos adicionales, como los de pedir garantía para sus operaciones y el reembolso de las aportaciones efectuadas al fondo de garantía cuando se hayan extinguido las deudas a cuya garantía se hallaba afectado. Además, naturalmente, de los derechos normales, tales como el de participar del reparto de la ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación, en votar en las juntas generales y el de solicitar el reembolso de la cuota social (recuerda al art.39 de la Ley de Sociedad Anónima de 17 de julio de 1951)”. Fernández Ruiz, José Luis; “Instituciones de Derecho Empresarial”, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1983.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

estatutos sociales y su establecimiento deberá estar situado en el ámbito geográfico delimitado en los propios estatutos.”

A partir de lo expuesto, creemos que resulta justo rescatar dos grandes aciertos que se desprenderían del concepto descrito por parte de la LSGR española para sus socios partícipes.

- a. El primer acierto se refiere al hecho que sean los propios estatutos sociales de la SGR española y no la autoridad administrativa, quien determine el sector o sectores de la actividad económica a la cuales deberán necesariamente pertenecer los socios partícipes.⁴⁵

- b. La segunda ventaja- en cambio, apunta al hecho que el establecimiento de los socios partícipes deba estar circunscrito a un ámbito geográfico delimitado en los propios estatutos. En efecto- estimamos que los beneficios de una norma de esta especie, surgen no sólo por las razones expuestas en la letra a) precedente- en torno al reforzamiento de los estatutos sociales, sino que asimismo a partir de la exigencia que los socios partícipes- o en otras palabras- la Mipyme beneficiaria se adscriba a un sector geográfico o localidad determinada.⁴⁶

A mayor abundamiento, creemos que resulta interesante volver a resaltar el hecho que los socios partícipes deban necesariamente ser MiPymes, ya que en base a dicha exigencia previa, es que se sustenta no sólo la base mutualista que orienta todo el ejercicio

⁴⁵ En efecto, estimamos que es una ventaja dicha circunstancia, ya que refuerza la autonomía de la voluntad que requieren los estatutos sociales de toda SGR, en tanto convención colectiva que busca aglutinar los esfuerzos de pequeños y medianos empresarios de una o más ramas de la actividad económica.

⁴⁶ Estimamos que precisamente esta delimitación a un ámbito geográfico determinado es una pieza clave para el éxito del sistema de garantías recíprocas, ya que permite descentralizar las funciones y servicios que por mandato legal- la SGR se encuentra llamada a cumplir. Ahora bien, no se pueda dejar de reconocer que el desarrollo efectivo de esta descentralización va depender del desarrollo en particular de cada realidad iberoamericana en particular. A vía ejemplar, si se comparan las realidades española y chilena sobre este punto, es posible apreciar que el nivel de independencia y recursos de los que pueden disponer las denominadas regiones y provincia chilenas, se encuentra todavía muy lejos de lo que actualmente efectúan las comunidades autónomas españolas.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

de la participación social de los socios, sino que asimismo el sentido último de la SGR, en tanto tipo social formado por y para el beneficio de la Mipyme, o no de otro segmento empresarial.

De hecho y tal como veremos más adelante, dentro de lo que las distintas legislaciones iberoamericanas denominan como “*operaciones prohibidas*” para la SGR, se encuentra precisamente la prohibición que impide otorgar avales, fianzas, u otras garantías a los socios protectores.⁴⁷

Por otro lado, y respecto a los socios protectores- el numeral segundo del artículo sexto de la ley 1/1994 agrega que: “Junto a los socios partícipes, a cuyo favor puede prestar garantía la sociedad de garantía recíproca, podrán existir socios protectores si así lo admiten los estatutos. Son socios protectores los que no reúnan las condiciones enunciadas en el apartado anterior. Estos socios no podrán solicitar la garantía de la sociedad para sus operaciones y su participación, directa o indirecta, en el capital social no excederá conjuntamente del 50 por 100 de la cifra mínima fijada para ese capital en los estatutos sociales. No se computarán en ese porcentaje las participaciones pertenecientes a socios protectores que sean Administraciones públicas, organismos autónomos y demás entidades de derecho público, dependientes de las mismas; sociedades mercantiles en cuyo capital participe mayoritariamente cualquiera de los anteriores o entidades que representen o asocien intereses económicos de carácter general o del ámbito sectorial a que se refieran los estatutos sociales.”

A partir de lo expuesto, se puede apreciar que el ejercicio de la calidad de protectores dentro de la SGR, da cuenta de una participación en el capital de la sociedad y cuya delimitación se encontrará en los propios estatutos sociales, ya sea en su pacto social de constitución, o bien en una modificación estatutaria posterior.

⁴⁷ En buenas cuentas- los únicos que si pueden resultar beneficiados con las garantías que otorgan las SGR, son los socios partícipes y no en cambio los socios protectores.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.1.2 Socios partícipes y protectores para la legislación salvadoreña.

La segunda realidad iberoamericana que analizaremos en torno a la división entre socios partícipes y protectores, corresponde a la citada *“Ley del sistema de garantías recíprocas para la micro pequeña y mediana empresa rural y urbana”*, de la República de El Salvador.⁴⁸

Para ello, y en las denominadas *“Disposiciones Generales”* de su *“Capítulo Preliminar,”* el legislador salvadoreño- siguiendo la línea trazada por su par español- reconoce en su artículo octavo lo que denomina como socios de la SGR, al disponer que: *“Los socios de las Sociedades de Garantía serán de dos tipos, Socios Partícipes y Socios Protectores.”*

Acto seguido, el citado artículo octavo establece claramente las diferencias entre quienes lo conforman y asimismo que es lo que está permitido hacer según cuál sea el tipo de socio que se trate.

Así las cosas, mientras para los socios partícipes señala que son: *“Las personas naturales o jurídicas que pertenezcan a la micro, pequeña y mediana empresa y que participen en el capital social de una Sociedad de Garantía. Estos socios pueden solicitar los servicios de las Sociedades de garantía y hacer uso de los productos que proporciona la misma”*. Tratándose de los socios protectores en cambio, agrega que: *“Son socios protectores las personas naturales o jurídicas nacionales, extranjeras, públicas o privadas que participen en el capital social de una Sociedad de Garantía.”*⁴⁹

⁴⁸ Decreto Legislativo número 553, de fecha 20/09/2001. Publicado en el Diario Oficial número 199 de fecha 22/10/2001. Reformado por D.L. N° 821, del 19 de abril del 2002, publicado en el D. O. N° 89, Tomo 355, del 17 de mayo del 2002.

⁴⁹ Posteriormente, el legislador salvadoreño agrega una limitación – que tal como veremos se repite en otras realidades- y que apunta al hecho que: *“Estos socios- refiriéndose a los socios protectores- no podrán solicitar los servicios de las Sociedades de Garantía ni hacer uso de los productos que proporciona la misma.”*

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Tal como puede apreciarse, la línea normativa que siguió el legislador salvadoreño al regular sus dos tipos de socios, resulta muy similar a la trazada con anterioridad por su par español, en tanto, en ambos casos de una u otra manera no sólo se distingue claramente quienes conforman cada grupo, sino que además se regula con precisión quienes si pueden hacer uso legítimo de los servicios o productos de afianzamiento que la SGR entrega a sus asociados.

3.1.3 La falta de influencia argentina en clasificación de socios chilena.

En el caso de la legislación argentina, nos abocaremos al estudio de lo que al efecto dispuso el Título II de su ley Núm. 24.467- sobre “*Régimen para pequeñas y medianas empresas,*”⁵⁰ denominado precisamente por el legislador argentino como “*Sociedades de garantía recíproca*”, y más específicamente, a lo que los artículos 37° y siguientes establecieron sobre el particular.

Desde ya, cabe reconocer que el análisis de esta legislación en particular, lejos de ser una más de nuestro listado, reviste una trascendental importancia para los efectos propios y pretendidos con la presente investigación. En especial, en lo que guarda relación con el estudio del sistema de garantías chileno, y los efectos que su análisis podría derivar para la futura existencia de una sociedad de garantía recíproca iberoamericana, o de al menos- la determinación de cuáles podrían ser un mínimo de sus características propias.

De ahí precisamente nuestra mayor sorpresa, ya que tal como veremos a lo largo del Capítulo II de nuestro estudio, el legislador chileno si bien es cierto que siempre reconoce- incluso desde su propia exposición de motivos- que el ejemplo argentino es su más cercano referente, no replicó en su texto legal esta necesaria distinción entre dos tipos socios; a saber entre socios partícipes y socios protectores.

⁵⁰ Ley núm. 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas,” promulgada el día 23 marzo 1995, Publicada en Boletín Oficial con fecha 28 de marzo de 1995.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Ahora bien, respecto a la manera precisa de cómo la LSGR argentina reguló a sus dos clases de socios, cabe precisar que en términos generales, ella básicamente lo que hizo fue seguir la misma tendencia del respecto de los países iberoamericanos, vale decir; primero distinguió sus tipos de socios, luego los definió con claridad en uno y otro caso, y paralelamente agregó una serie de derechos y limitaciones que resultan necesarios para el ejercicio de sus respectivas calidades.

De ahí es como primeramente el artículo 37 de la ley número 24.476, denominado por el legislador argentino como “*tipos de socios*”- en su inciso primero dispone que: “La sociedad de garantía recíproca estará constituida por socios partícipes y socios protectores.”

A mayor abundamiento, respecto a los socios partícipes, señala que: “Serán socios partícipes únicamente las pequeñas y medianas empresas, sean éstas personas físicas o jurídicas, que reúnan las condiciones generales que determine la autoridad de aplicación y suscriban acciones”.

A partir de los términos descritos por parte del legislador argentino, cabría reconocer la existencia de las siguientes consideraciones en torno a esta primera clase de socios;

- a. Para ser considerado como socios partícipe, necesariamente debe tratarse de pequeñas y medinas empresas.
- b. Respecto a los ropajes jurídicos permitidos para esta especie de socios, el legislador argentino agregó elementos que posteriormente han sido seguidos en otros proyectos legislativos iniciados en iberoamerica en materia de garantía recíproca, y que apuntan básicamente a un reconocimiento previo, en torno a que tanto las personas naturales como las jurídicas puedan ser consideradas como Mipyme sujeta

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

a afianzamiento, o si se quiere decir en otros términos, sujeto válido para ser considerado como socio partícipe.⁵¹

- c. En tercer lugar, encontramos otro nuevo elemento⁵² que incorporó el legislador argentino, y en virtud del cual es la autoridad de aplicación y no los estatutos, quien determinará cuando el socio partícipe será capaz de reunir las condiciones generales para ser considerado válidamente como socio partícipe.
- d. Finalmente, el legislador argentino señala que para ser socios partícipes, ellos necesariamente deberán suscribir acciones. Sobre este punto, no podemos dejar de reconocer que dicha frase se ha constituido a la larga- en un verdadero germen de la confusión conceptual para otras realidades iberoamericanas, entre las cuales destacamos a la actual legislación chilena. Ello dado que si seguimos una interpretación estrictamente apegada al texto de la ley, se limitaría la participación social de los socios partícipes a la suscripción de acciones, o en otras palabras, a la adquisición de alícuotas- acciones del capital social de la SGR, con lo cual, no se permitiría en definitiva que su constitución adoptase un ropaje jurídico distinto al de una sociedad anónima.⁵³

Por su parte, con respecto a los socios protectores, el legislador argentino señala que serán: “Todas aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que realicen aportes al capital social y al fondo de riesgo”.

⁵¹ Este punto es especialmente interesante, ya que la mayoría de las micros empresas iberoamericanas, ya sea por desconocimiento, por falta de una adecuada orientación y/o asesoría, o bien lisa y llanamente por falta de recursos, siguen estando constituidas por personas naturales- a saber “emprendedores”, y que por tanto, no gozan de una personalidad jurídica distinta del empresario individualmente considerado.

⁵² Entendemos que este elemento es nuevo o novedoso- ya que no se encontraba en la ley española 1/1994.

⁵³ A mayor abundamiento, no se puede dejar de recordar que una de las prohibiciones expresas que existe en materia de sistema de sociedades de garantía recíproca es precisamente el hecho que la participación social de los socios partícipes no puede ser ni considerado ni nominado como acción. A vía ejemplar, basta recordar lo que al efecto dispuso el artículo 7° de la 1/1994- denominado “Variabilidad del capital y participaciones sociales”, cuando señala que: “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.”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

A partir de los términos descritos, cabe efectuar las siguientes consideraciones en torno a este segundo tipo de socios;

- a. El hecho que el universo que compone a los socios protectores sea mucho más amplio⁵⁴ que el de los socios partícipes, no impide que una y otra clase de socios tengan naturaleza jurídica propia y cumplan función distintas, pero al mismo tiempo, igualmente importantes para la SGR.
- b. En efecto, si entendemos que los socios partícipes- no son otra cosa que el grupo de Mipymes que no cuentan con el acceso a condiciones de crédito más favorables, los socios protectores por su parte serán quienes permitirán que ello si sea posible, a través de su aporte al capital social y al fondo de riesgo.

En segundo término, la LSGR argentina aprovecha la regulación de tipos de socios presentes en la SGR, para establecer un conjunto de incompatibilidades y limitaciones, ya sea con relación al número mínimo de socios partícipes, o bien con respecto a lo que cada tipo de socio puede o no solicitar válidamente por parte de la SGR.

Además de su aporte normativo, lo interesante sobre este punto, es que dichas incompatibilidades y limitaciones han sido también reconocidas en otras legislaciones iberoamericanas, tales como lo son los casos de España y El Salvador, o bien otros claros ejemplos como el de Guatemala, Uruguay, Nicaragua, entre otros.⁵⁵

La primera incompatibilidad que establece el legislador argentino apunta al hecho que la condición de socio protector es precisamente incompatible con la de socio partícipe.

⁵⁴ Ello dado que a partir de lo preceptuado prácticamente cualquier persona, sea ésta natural o jurídica, privada o pública, nacional y/o extranjera podrá llegar a constituirse en socio protector.

⁵⁵ A mayor abundamiento, y tal como veremos más adelante cuando analicemos el objeto único social de la SGR, junto a estas limitaciones e incompatibilidades de carácter general, distintas legislaciones iberoamericanas, tales como la guatemalteca, se han preocupado de establecer cuáles serían en particular las operaciones prohibidas y limitaciones para una SGR.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Al respecto, entendemos que dicha incompatibilidad descansa precisamente en la necesidad de poder separar claramente los roles que les corresponde cumplir a cada uno de los dos tipos de socios de una SGR, a saber, entre un grupo de ellos que siendo Mipyme si pueden ser afianzados y asesorados por la SGR, y la otra en cambio, que se debe circunscribir a efectuar los aportes de capital que sean necesarios para que ello sea efectivamente posible.

De ahí que se comprenda la existencia de una segunda incompatibilidad-intrínsecamente ligada a la primera; y que se refiere al hecho que la SGR *“no podrá celebrar contratos de garantía recíproca con los socios protectores.”*

Siguiendo la misma ideas, es que adicionalmente se establecen una serie de las limitaciones generales, las cuales se refieren a la exigencia de tener que contar con un número mínimo de socios partícipes.

En efecto, el inciso tercero del artículo 37 de la LSGR argentina señala que: “A los efectos de su constitución y durante los primeros cinco (5) años toda SGR habrá de contar con un mínimo de ciento veinte (120) socios partícipes. Autorízase a la autoridad de aplicación a modificar estos mínimos en función de las peculiaridades regionales.”

Como contrapartida, y a objeto de poder completar el cuadro- la LSGR argentina establece una serie de derechos que tienen los socios, ante lo cual distingue según cuál sea la clase de socio de que se trate, a saber; socio partícipe o bien socio protector.

Tratándose de los derechos de los socios partícipes, el artículo 38 de la LSGR argentina- denominado precisamente *“derechos de los socios partícipes”*, es el encargado de regularlos, al disponer al efecto que: “Los socios partícipes tendrán los siguientes derechos además de los que les corresponde según la ley 19.550⁵⁶ y sus modificaciones”, y

⁵⁶ Ley de Sociedades Comerciales. Ley Número 19.550. Texto ordenado por el Anexo del Decreto 841/84 B.O. 30/03/1984.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

posteriormente agrega; “Recibir los servicios determinados en su objeto social cuando se cumplieren las condiciones exigidas para ello. Solicitar el reembolso de las acciones en las condiciones que se establece en el art. 47”

Por su lado, tratándose de los “*derechos de los socios protectores*”, el artículo 39 dispone que: “Los socios protectores tendrán los derechos que les corresponden según la ley 19.550 y sus modificaciones.”

3.1.4 La consolidación de la clasificación de socios partícipes y protectores en la reciente legislación guatemalteca.⁵⁷

Un cuarto referente, corresponde a la recientemente aprobada iniciativa legislativa núm. 4152, y mediante la cual se establece una Ley del Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en la República de Guatemala, y en particular a lo que disponen sus artículos 8°, 9° y 10°.

En primer término, cabe precisar como el artículo octavo denominado simplemente “*socios*” por el legislador guatemalteco- dispone que: “Para los efectos de esta ley, los socios de las sociedades de garantía recíproca serán de dos tipos, socios partícipes y socios protectores”

Posteriormente, y como era de esperar, el legislador guatemalteco define con claridad a una y otra clase de socios, al disponer por una parte que: “Son socios partícipes las personas individuales o jurídicas que pertenezcan a la micro, pequeña y mediana empresa, y que participen en el capital social de una sociedad de garantía recíproca.” Por otro lado, agrega que: “Son socios protectores las personas individuales o jurídicas nacionales o extranjeras, públicas o privadas que participen en el capital de una sociedad de garantía recíproca. Estos socios no podrán solicitar los servicios de estas sociedades”

⁵⁷ Iniciativa Número 4152. Ley del Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca. Actualmente en manos del Poder Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Ahora bien, en donde si pensamos que el legislador guatemalteco efectuó importantes aportes, fue en lo que dice relación tanto con los derechos de los socios partícipes como asimismo en torno al número mínimo de socios.

Efectivamente, por una parte el artículo 9 de la LSGR guatemalteca, denominado “*Derechos exclusivos de los socios partícipes*”, señala que: “Los socios partícipes podrán solicitar los servicios de estas sociedades, dentro de los límites y condiciones establecidos en la escritura social de garantía recíproca.”

Al respecto, estimamos que el aporte del legislador guatemalteco sobre esta materia, es doble.

Por una parte, en tanto agrega la calificación de “*exclusivo*” a los derechos de los socios partícipes, con lo cual se refuerza de manera indirecta, el hecho que dicha clase de socios y no otra sea quienes pueden optar a los servicios que la SGR les pueda entregar.

De otro lado, en tanto revitaliza⁵⁸ la importancia que debe tener el estatuto de constitución de la SGR, en tanto pacto social de origen contractual, capaz de generar derechos y obligaciones entre sus miembros.

⁵⁸ Entendemos que es una revitalización, en tanto la tendencia iberoamericana sobre esta materia venía siendo la línea trazada por el legislador argentino, a saber, que sea la autoridad administrativa y no los estatutos- quienes se encarguen de establecer los requisitos para hacer uso legítimo de los servicios que entrega la SGR.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.1.5 El singular⁵⁹ caso uruguayo.⁶⁰

En el caso de la República Oriental del Uruguay, la forma cómo su legislador trató normativamente toda la temática acerca de su sistema de sociedad de garantía recíproca, resulta especialmente singular e interesante de analizar.

En efecto, en su respectiva ley a saber; la número 17.243 publicada en el Diario Oficial N° 25554 del día 6 de julio del año 2000, más que abocarse a la determinación precisa y particular de un sistema de garantías recíprocas para la Mipyme uruguaya, trató un tema mucho más amplio como lo son los “*Servicios públicos y privados, seguridad pública y condiciones en las que se desarrollan las actividades productivas*”.

Para tal objeto, la referida ley número 17.243, comienza por regular distintos aspectos en torno a las condiciones en las que se desarrollarían las actividades productivas, tales como fomento e inversión, actividades agropecuarias, defensa de la libre competencia, etcétera- y sólo en dos artículos de su Capítulo V denominado “Facilitación del crédito”- a saber, los artículos 16 y 17, autoriza y regula de manera sumamente general, la constitución e implementación de Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca.

Particularmente, el inciso tercero del artículo 16 de la ley número 17.243, es quien establece los tipos de socios permitidos al señalar que: “La Sociedad Anónima de Garantía Recíproca estará constituida por socios partícipes y socios protectores”

De la misma forma, y siguiendo la misma normativa de otros pares iberoamericanos agrega por un lado que: “Serán socios partícipes únicamente, micro, pequeñas y medianas empresas, sean éstas personas físicas o jurídicas, que reúnan las condiciones para ser

⁵⁹ La singularidad del caso Uruguayo se desprende a partir de una comparación con las otras realidades iberoamericanas en materia de sistema de garantías recíprocas, y en particular por la excesiva generalidad y reemisión normativa con que trata esta materia.

⁶⁰ Ley N° 17.243 sobre “Servicios públicos y privados, seguridad pública y condiciones en las que se desarrollan las actividades productivas”, publicada en D.O. 6 jul/000 - N° 25554.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

categorizadas como tales, por la autoridad de aplicación, siguiendo los criterios establecidos en el Decreto del Poder Ejecutivo 266/995, de 19 de julio de 1995”, y por otro lado dispone que: “Serán socios protectores todas aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que realicen aportes al capital social.”⁶¹

3.1.6 Socios partícipes y socios protectores en la SGR Nicaragüense⁶²

Tratándose de la República de Nicaragua, el Capítulo IV de su LSGR- denominado “*De los socios*”, resultó ser el encargado de normar esta importante materia.

Para ello, su artículo décimo tercero denominado “*clases de socios*”, reitera y reconoce para la SGR Nicaragüense, la conocida distinción entre socios partícipes y socios protectores.

Posteriormente, y como era esperable, define cada uno de los tipos, al señalar que si por socios partícipes debemos entender a: “Las personas naturales o jurídicas que pertenezcan al sector de la MIPYME, que se incorporan participando en el capital social de una SGR.” Por socios protectores en cambio- se comprenderán a: “Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas, privadas o mixtas, que participen en el capital social de una SGR. Estos socios proporcionan a la SGR apoyo financiero y solvencia frente a terceros.”⁶³

⁶¹ Finalmente, el legislador uruguayo siguiendo la tendencia de sus pares al respecto, refuerza los límites entre una y clase de socios al disponer que: “La Sociedad Anónima de Garantía Recíproca no podrá celebrar contratos de garantía recíproca con los socios protectores”, y agrega que: “Es incompatible la condición de socio protector con la de socio partícipe”.

⁶² Ley del sistema de sociedades de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa. Ley Número 663, aprobada el 25 de Junio de 2008, publicada en La Gaceta N° 173 del 08 de Septiembre de 2008.

⁶³ Para cerrar, la LSGR Nicaragüense siguiendo una tendencia parecida a la de su par guatemalteco, señala que: “Las Sociedades de Garantías Recíprocas se constituirán con un mínimo de cincuenta socios partícipes y al menos un socio protector.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.1.7 Proyecto de Ley de Sociedades de Garantías Recíprocas de Bolivia.

La séptima y última realidad iberoamericana que traeremos a colación para tratar esta distinción entre socios partícipes y protectores, corresponde al Proyecto de Ley de Sociedades de Garantía Recíproca, versión No. 1, julio de 2005, de la República de Bolivia, actualmente en tramitación parlamentaria.

Dicho proyecto, en su Sección II denominada “*Tipos de socios y rescate de acciones*”, dispuso en su artículo sexto nominado precisamente como “*tipos de socios*” que: “La Sociedad de Garantías Recíprocas estará constituida por socios partícipes y socios protectores.”

Con respecto a los socios partícipes, el proyecto señala que: “Serán socios partícipes únicamente las pequeñas y medianas empresas, sean éstas personas naturales, en forma de empresas unipersonales, o personas jurídicas, que reúnan las condiciones generales que determine la SPVS y suscriban acciones de la sociedad de garantía recíproca.”

A partir de los términos descritos por el proyecto, resulta necesario a nuestro parecer, efectuar los siguientes alcances;

- a. El proyecto de sistema de garantía recíproca boliviano, continúa la tendencia internacional en materia de socios partícipes al regular que éstos solamente podrán estar constituidos por pequeñas y medianas empresas.
- b. De otra parte, y a partir de los términos expuesto en el proyecto, el ropaje jurídico permitido para el socio partícipe debiera ser el equivalente al de un comerciante individual si se trata de una persona natural sin personalidad jurídica empresarial propia, o bien; al de una empresa individual de responsabilidad limitada o el de una sociedad colectiva de responsabilidad

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

limitada y/o sociedad anónima- según nos encontremos frente a un empresario individual o colectivo con personalidad jurídica.

- c. Si bien es cierto que el proyecto sigue en términos generales la misma idea que otros proyectos similares de la región- en tanto los socios partícipes deberán estar necesariamente constituidos por pequeñas y medianas empresas, no deja de sorprender que se le haya entregado al órgano administrativo sancionador del sistema, a saber la SPVS- y no en cambio a los estatutos sociales, la determinación de los requisitos y/o condiciones para ser considerado como socio partícipe, o si se quiere decir en otras palabras, como Mipyme habilitada para ser objeto de afianzamiento por parte de la SGR.
- d. A partir de lo expuesto por el proyecto, pareciese ser que la única alternativa válida para hacer efectiva la participación de los socios Mipyme- consistirá en la suscripción de una acción. Al respecto, si bien es cierto que comprendemos la clara intención del legislador boliviano en torno a que la futura SGR que se constituya al efecto, adopte la forma de una sociedad anónima, no puede dejar de sorprendernos que a priori ni siquiera se considere otra alternativa de corte más mutualista- tal como ocurrió con las Cooperativas en el caso chileno.

Finalmente, respecto a los socios protectores, el proyecto sigue la misma línea trazada previamente al efecto por ejemplo, por su homólogo argentino- al señalar que serán: “Todas aquellas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que realicen aportes al capital social y al fondo de garantía. La sociedad no podrá otorgar garantías a sus socios protectores.”⁶⁴

⁶⁴ Como corolario, cabe agregar que en el caso del proyecto boliviano, junto con la determinación precisa de los dos tipos de socios se regularon tres limitaciones más o menos repetidas entre las otras realidades iberoamericanas, como lo son; a) El número mínimo de socios partícipes con que debe contar la SGR, y que en el caso del proyecto de ley boliviano se estableció que: “A los efectos de su constitución toda sociedad de garantía recíproca deberá contar con un mínimo de socios partícipes que fijará la SPVS. b) La segunda limitación en cambio, se refiere a la incompatibilidad que surge frente a la tenencia simultánea de una doble condición de socio partícipe y protector. De hecho, sobre este punto señala literalmente el proyecto que: “Es incompatible la condición de socio protector con la de socio partícipe.” c) La tercera y última limitación

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.2 El objeto social único o finalidad exclusiva de la SGR.

Tal como analizamos en el punto segundo del presente capítulo, las distintas SGR iberoamericanas, en virtud de las operaciones y servicios que entregan a sus beneficiados, se constituye en un verdadero instrumento de promoción empresarial a favor de la Mipyme.

En el presente acápite, nos corresponde estudiar cuáles son en concreto dichas operaciones y servicios, a partir precisamente de un análisis comparado de lo que al efecto han dispuesto una serie de legislaciones iberoamericanas.

Ahora bien, cabe precisar que la determinación precisa de dichas operaciones y servicios, debe necesariamente ser encuadrado dentro de lo que en nuestra opinión- se constituye en un tercer elemento característico y/o diferenciador de lo que podríamos denominar una sociedad de garantía recíproca iberoamericana.

Dicho elemento no es otra cosa que el “*objeto social único*”, o como también lo denominan algunas legislaciones, la “*finalidad exclusiva*” que la SGR se encuentra llamada a brindar a sus asociados.

Con tal objeto, hemos estimado necesario estructurar su análisis, a partir de la búsqueda de respuestas a cuatro preguntas trascendentales como lo son; ¿Qué debería hacer necesariamente la SGR Iberoamericana en favor de sus asociados?, ¿Qué podría hacer la SGR Iberoamericana en favor de sus asociados?, o en su caso ¿Cómo lo debería hacer?, y finalmente, ¿Qué es lo que no podría hacer la SGR iberoamericana?⁶⁵

apunta al porcentaje de participación social permitido para ambos tipos de socios de la SGR, y que en el caso del proyecto boliviano se estableció que: “La participación de los socios protectores no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del capital social y la de cada socio partícipe no podrá superar el diez por ciento (10%) del mismo”.

⁶⁵ A partir de dicha distinción, lo que se pretende en definitiva es el poder encontrar una forma adecuada que permita agrupar lo que a nuestro entender, son los tres aspectos más importantes en torno al objeto social único de los distintos países iberoamericanos en donde opera el sistema de garantías recíprocas.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Tratándose de la respuesta a la primera de las preguntas, y más específicamente al tratar de establecer lo que la SGR debe necesariamente hacer en favor de sus asociados, obligatoriamente deberemos abordar lo que al efecto han normado los distintos países iberoamericanos al regular lo que a su vez han llamado como objeto, objeto de la sociedad, o finalidad exclusiva de la sociedad.

Ahora bien, y tal como anunciamos precedentemente, una cosa es lo que la SGR debe necesariamente efectuar a favor de sus asociados- en tanto cumplimiento irrestricto de su objeto social único- y otra cosa distinta en cambio, es lo que podría hacer en su favor.

Lo anterior, dado que junto al objeto social único o más propio de la SGR, a saber; el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares; la SGR adicionalmente puede prestar servicios de asistencia y asesoramiento financiero tanto a sus socios como a sociedades, o asociaciones cuyo objeto sea la realización de actividades dirigidas a pequeñas y medianas empresas.^{66 67}

Ahora bien, cabe precisar que la forma cómo la SGR debe cumplir precisamente su objeto social único- o en otras palabras, la manera como la SGR otorga sus garantías personales a favor de sus socios, se encuentra regulada de manera particular en distintas legislaciones bajo lo que se denomina como el “*régimen aplicable a la garantías*”.

⁶⁶ En efecto, y tal como veremos a continuación- las distintas legislaciones efectúan esta distinción al señalar una serie de operaciones y servicios que las respectivas SGR “podrán prestar” a sus asociados.

⁶⁷ Como dispone la exposición de motivos de la ley 1/1994: “La ampliación del objeto social abre la posibilidad de prestación de servicios de asistencia y asesoramiento financiero, bien directa o indirectamente, a través de la participación en sociedades o asociaciones. De esta manera se da reconocimiento legal a una forma de actuación ya iniciada por algunas Sociedades de Garantía Recíproca, permitiendo que estas entidades puedan ampliar sus actividades en apoyo a las pequeñas y medianas empresas, pero garantizando que esa expansión de actividades se hace sin menoscabo de la solvencia patrimonial de las Sociedades de Garantía Recíproca para cumplir la finalidad esencial y primera de las mismas, que es el otorgamiento de garantías a favor de sus socios.”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

De ahí que será precisamente el análisis de los distintos regímenes iberoamericanos aplicables a las garantías- lo que en definitiva nos podrá dar luces en torno a ¿Cómo debería entregar sus garantías una SGR Iberoamericana?

Finalmente, la cuarta y última interrogante nos obligará a tener que estudiar aquellas operaciones y servicios que la SGR no puede llevar a efecto. Para tal objeto, estudiaremos lo que las distintas legislaciones han regulado bajo la denominación de operaciones prohibidas o bien simplemente prohibiciones que afectan a la SGR.

3.2.1 ¿Qué es lo que la SGR debe y puede hacer a favor de sus asociados?

A partir de la estructura propuesta, partiremos por analizar lo que las distintas legislaciones iberoamericanas han dispuesto a la hora de responder a las primeras dos preguntas planteadas, es decir; ¿Qué es lo que la SGR debe y puede hacer a favor de sus asociados?

3.2.1.1 La múltiple regulación salvadoreña.

La primera legislación que trataremos, se refiere al caso de la República de El Salvador, y particularmente a la forma en que su legislador aborda, desde una múltiple perspectiva- el objeto social único de su SGR.

Señalamos que el tratamiento legislativo es múltiple en la especie, ya que en efecto, el legislador en su artículo primero, comienza por establecer el objeto y alcance de su propia ley⁶⁸, para posteriormente en sus artículos 6 y 58 encargarse de regular respectivamente todo lo que se refiere tanto a la finalidad exclusiva de la SGR, como asimismo a las operaciones que pueden prestar en beneficio de sus asociados.

⁶⁸ Decreto Legislativo número 553, de fecha 20/09/2001. Publicado en el Diario Oficial número 199 de fecha 22/10/2001. Reformado por D.L. N° 821, del 19 de abril del 2002, publicado en el D. O. N° 89, Tomo 355, del 17 de mayo del 2002.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Respecto al “*objeto y alcance*” de la ley, el artículo 1 agrega que: “El propósito de esta Ley es regular el Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca y sus operaciones, para facilitar el acceso de la micro, pequeña y mediana empresa al financiamiento y a las contrataciones y adquisiciones públicas o privadas.”⁶⁹

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

Si bien es cierto que lo que está regulando en buenas cuentas el artículo primero, es el objeto de la ley y no el objeto de la sociedad de garantía recíproca- a la larga, ambas apuntan al mismo objetivo, a saber; facilitar el acceso al crédito para la MiPymes.

De otra parte, entendemos que la parte final del artículo 1, cuando señala que es también parte del objeto de la ley- el tener que regular el Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca para las contrataciones y adquisiciones públicas o privadas que efectúen las MiPymes- ello debe ser entendido en el contexto de las operaciones que la SGR puede efectuar en beneficio de sus asociados, y más particularmente en torno a lo que veremos a continuación dispone la letra e) de su artículo 58- a propósito de la posibilidad de poder: “Adquirir o conservar los bienes raíces y muebles, que fueren necesarios para su funcionamiento o para prestar los servicios conexos”.

En segundo término, el legislador salvadoreño regula de manera precisa que es lo que la SGR debe necesariamente hacer en beneficio de su asociados, al disponer en su artículo sexto lo que denomina como “*finalidad exclusiva*” de las Sociedades de Garantía Reciproca.

Para tal objeto señala que: “Las Sociedades de Garantía se constituirán con el fin exclusivo de otorgar a favor de sus Socios Partícipes, avales, fianzas y otras garantías

⁶⁹ A mayor abundamiento, el inciso segundo se encargó de definir con claridad quienes conforman su sistema de garantías al señalar que: “El sistema de Sociedades de Garantía Recíproca está conformado por las Sociedades de Garantía Recíproca que en adelante se denominarán “Sociedades de Garantía”, las Reafianzadoras de Sociedades de Garantía Recíproca en adelante denominadas “Reafianzadoras” y el Fideicomiso para el Desarrollo del Sistema de Garantías Recíprocas en adelante denominado “el Fideicomiso”. El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca se denominará el “Sistema.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

financieras aprobadas por la Superintendencia, denominadas en esta Ley “garantías”. Las Sociedades de Garantía también podrán brindar a sus socios partícipes, capacitación, consultoría, asesoría financiera y servicios conexos, a la micro, pequeña y mediana empresa.”

A partir de lo dispuesto precedentemente, corresponde efectuar los siguientes comentarios;

- a. Tal como lo enunciamos al iniciar nuestro estudio sobre esta materia, el fin exclusivo para el cual deben constituirse las SGR salvadoreñas, no es otra cosa que la determinación de su objeto social único.
- b. De la misma forma, no hay duda en torno a que sólo los denominados socios partícipes son quienes pueden optar a los beneficios que entrega la SGR.
- c. De conformidad a lo dispuesto por la LSGR Salvadoreña, dichos beneficios son de dos clases a saber; por una parte el otorgamiento de garantías a los socios partícipes, y por otra, la entrega de servicios conexos- o si se quiere decir servicios complementarios a dichas garantías.
- d. Es más, y tal como analizaremos a continuación- la diferencia entre las garantías y los servicios conexos que puede entregar la SGR, equivale a distinguir entre aquello que la SGR debe y puede hacer en beneficio de sus socios partícipes respectivamente.

A mayor abundamiento, el Capítulo IV de la LSGR Salvadoreña, denominado “*De las operaciones*”, es quien en su artículo 58 sobre “*Operaciones y Servicios*”, nos entrega mayores luces al respecto, cuando se encarga de detallar con precisión cuáles son aquellos servicios y operaciones que la SGR puede prestar en beneficio de sus asociados, señalando al efecto que: “Las Sociedades de Garantía podrán prestar los siguientes servicios y realizar

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

las siguientes operaciones: a) Otorgar a favor de sus Socios Partícipes, avales, fianzas y otras garantías financieras aprobadas por la Superintendencia; b) Brindar capacitación, consultoría, asesoría financiera y servicios conexos; c) Efectuar inversiones de conformidad con lo estipulado en la presente Ley; d) Constituir depósitos en instituciones financieras supervisadas por la Superintendencia; e) Adquirir o conservar los bienes raíces y muebles, que fueren necesarios para su funcionamiento o para prestar los servicios conexos, siempre que su valor no exceda del 40 % de su Fondo Patrimonial; f) Efectuar las operaciones análogas y conexas de su giro ordinario y en cumplimiento al objeto prescrito en esta Ley; g) Contratar reafianzamientos para los avales y fianzas otorgados a los Socios Partícipes; h) Aceptar por parte de los Socios Partícipes bienes muebles e inmuebles en garantía; i) Realizar convenios con instituciones financieras para facilitar el acceso al crédito de sus Socios Partícipes; y j) Otras operaciones que apruebe la Superintendencia.”

A partir de lo expresado en el artículo 58, corresponde a nuestro entender, efectuar las siguientes precisiones;

- a. Si bien es cierto que es bastante completa la enumeración que el legislador salvadoreño efectúa en torno a las operaciones y servicios que la SGR puede realizar en beneficio de sus asociados, ella no es taxativa o de número cerrado.
- b. En dicho sentido, estimamos que la SGR podrá realizar todas otras aquellas operaciones y/o servicios que no sólo apruebe la Superintendencia, sino que asimismo sus propios estatutos sociales lo permitan.
- c. Lo estimamos así, ya que si analizamos en conjunto las diez letras del artículo 58, no cabe más concluir que en buenas cuentas lo que hace el legislador salvadoreño, es reunir en un solo artículo, todo aquello que la SGR debe y puede hacer ya sea en beneficio de sus socios, o bien para poder desarrollar su giro social.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- d. Ahora bien, lo anterior nunca puede justificar cualquier actuación que se realice al margen de lo que la ley, los estatutos sociales, o la Superintendencia hayan dispuesto al efecto. De ahí surgen precisamente las limitaciones que el artículo 58 efectúa con relación a operaciones y/o servicios que no apunta a otra cosa que cumplir con su objeto social único o bien, al desarrollo de su giro ordinario, como por ejemplo lo señalan las letras e) y f) del citado artículo 58.

3.2.1.2 Las semejanzas de los casos nicaragüense y salvadoreño.⁷⁰

Un segundo referente en torno a la forma de regular el objeto social único con que desarrolla sus funciones la SGR, corresponde a la legislación nicaragüense.

En efecto, y tal como enunciamos precedentemente, la forma como el legislador nicaragüense regula el objeto social único de la SGR, presenta una gran similitud con la realidad salvadoreña estudiada en el punto 3.2.1 precedente.

Es más, cuando analicemos también el caso guatemalteco, podremos apreciar que entre estos tres países centroamericanos- pareciera ser que se configura una verdadera tendencia legislativa, en orden a regular de manera múltiple lo que la SGR debe y puede hacer en beneficio de sus asociados.

En virtud de lo expuesto, es que no nos sorprende ni la existencia del Capítulo I de la LSGR nicaragüense denominado “*Disposiciones generales*”, ni tampoco el tenor de una norma como el artículo primero denominada “*objeto y alcance*”, al señalar que: “La Ley de Sociedades de Garantías Recíprocas tiene como objeto regular la creación, operación y funcionamiento del Sistema de Sociedades de Garantías Recíprocas con el fin de facilitar a las micro, pequeña y mediana empresas (MIPYMEs), el acceso al financiamiento, las contrataciones y adquisiciones públicas y privadas a través de avales,

⁷⁰ Ley del sistema de sociedades de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa. Ley Número 663, aprobada el 25 de Junio de 2008, publicada en La Gaceta N° 173 del 08 de Septiembre de 2008.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

fianzas y otras garantías, denominadas para efectos de esta Ley como "garantías financieras o de pago", así como brindar capacitaciones y asesoramiento técnico, económico y financiero. Esta Ley es de orden público y de interés social”

De otra parte, y continuando con la tendencia salvadoreña al respecto, el legislador nicaragüense en su Capítulo VIII llamado “*De las operaciones*”, y más particularmente en su artículo 45 denominado “*Operaciones y servicios*”, establece lo que la SGR podrá hacer en beneficio de sus asociados -en el ejercicio de su giro- al disponer al efecto que:

“Las SGR podrán realizar las siguientes operaciones y servicios: a) Otorgar a favor de sus Socios Partícipes, avales, fianzas y otras garantías financieras; b) Brindar capacitaciones y asesoramiento técnico, económico y financiero; c) Contratar reavales para cubrir las garantías otorgadas a sus Socios Partícipes; d) Invertir sus recursos líquidos en Títulos Valores, acciones, valores y otros instrumentos de oferta pública o privada; e) Constituir depósitos en instituciones financieras; f) Efectuar las operaciones análogas y conexas de su giro ordinario y en cumplimiento al objeto prescrito en esta Ley, en la escritura constitutiva y en sus estatutos; g) Realizar convenios con instituciones financieras para facilitar el acceso al crédito de sus Socios; h) Participar con carácter de socio en la creación de Sociedad Reavaladoras (RSGR) junto con otras SGR y Socios Protectores; i) Otras operaciones que apruebe el Órgano Regulador.”

A partir de lo expuesto, estimamos necesario efectuar los siguientes alcances;

- a. Si bien es cierto que tanto en el caso de la legislación nicaragüense como salvadoreña, se regulan tanto el objeto de la Ley de Sociedades de Garantía Recíproca como asimismo el objeto de la Sociedad de Garantía Reciproca, su tratamiento es diferenciado.
- b. Ello dado que en el caso de la legislación nicaragüense la regulación de ambos objetos se hace de manera conjunta en su recientemente analizado artículo 1.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- c. Es más, creemos que si se analiza con detenimiento el citado artículo 1 de la LSGR Nicaragüense, resultaría viable concluir que en la primera parte del articulado, el legislador se estaría refiriendo al objeto y alcance de la Ley de Sociedades de Garantía Recíproca de Nicaragua, y en la otra en cambio- estaría haciendo mención al objeto único o si se quiere decir a la finalidad exclusiva de la Sociedad de Garantía Reciproca Nicaragüense.⁷¹
- d. Finalmente, estimamos justo reconocer el rango de orden público e interés social que el legislador nicaragüense le otorga a su Ley de Sociedades de Garantía Recíproca. Al respecto, creemos que ello refuerza y reconoce la necesidad de considerar a la temática referida a las garantías recíprocas, como parte de una política pública que no admitiría por tanto, en tanto una disposición absoluta de parte de los privados. En otras palabras, estimamos que la elevación de la legislación de garantía recíproca a norma de orden público, vendría a limitar legítimamente la autonomía de la voluntad de los socios partícipes y/o protectores, ya sea en el contenido de parte del pacto social de constitución, o bien, en cualquier modificación estatutaria posterior.

3.2.1.3 Uruguay. Su amplia remisión normativa en tanto factor compartido por el caso Chileno.⁷²

Dada la amplísima remisión normativa que efectúa el legislador uruguayo, el artículo 16 de ley número 17.243 prácticamente sólo se encargó de autorizar el establecimiento de Sociedades Anónimas de Garantía Reciproca, y de reconocer que su objeto social es exclusivo, al disponer en su inciso primero que: “Podrán constituirse

⁷¹ En términos del propio legislador, si el objeto de la LSGR consiste en regular la creación, operación y funcionamiento del Sistema de Sociedades de Garantías Recíprocas, el objeto de la Sociedad de Garantía Recíproca por su parte, consistirá en facilitar a las micro, pequeña y mediana empresas (MIPYMEs), el acceso al financiamiento, las contrataciones y adquisiciones públicas y privadas a través de avales, fianzas y otras garantías, denominadas para efectos de esta Ley como "garantías financieras o de pago", así como brindar capacitaciones y asesoramiento técnico, económico y financiero”.

⁷² Ley N° 17.243 sobre “Servicios públicos y privados, seguridad pública y condiciones en las que se desarrollan las actividades productivas”, publicada en D.O. 6 jul/000 - N° 25554.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca cuyo objeto exclusivo será el otorgamiento de garantías en beneficio de sus integrantes y para respaldar obligaciones correspondientes al giro habitual de sus actividades”

Al respecto, creemos necesario reconocer la existencia de un cierto grado de similitud con la realidad chilena,⁷³ en tanto y tal como veremos más adelante, si bien es cierto que el legislador chileno cuenta con normativa escasa pero no tan reducida como la uruguaya- en ambos casos, se efectúa una remisión normativa de carácter amplia a las normas que regulan a las sociedades anónimas, con todos los problemas que ello puede traer aparejado.⁷⁴

3.2.1.4 La caracterización y objeto de la LSGR Argentina.⁷⁵

En cuarto término, encontramos el Título II de la Ley núm. 24.467, denominado “*Sociedades de garantía recíproca*”, y más específicamente lo que los artículos 32 y 33 de su sección I llamada “*De las características y constitución*”- establecieron sobre el particular.⁷⁶

Al respecto, lo primero que cabe señalar es que en el caso de la legislación argentina, no se aprecia la existencia de una relación género- especie, que tal como hemos visto, si se puede desprender en el resto de la legislaciones iberoamericanas, entre lo que es el objeto de la ley y el objeto único social de la SGR.

⁷³ Vid. Infra. Páginas 192 y ss.

⁷⁴ Recordemos que la propia exposición de motivos de la ley 1/1994, reconoce los problemas que la amplia remisión normativa que establecía la anterior regulación había traído aparejado hasta la fecha para el sistema de garantías recíprocas español.

⁷⁵ Ley núm. 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas,” promulgada el día 23 marzo 1995, Publicada en Boletín Oficial con fecha 28 de marzo de 1995.

⁷⁶ V, Adrián Grimblatt, Gastón; “Sociedades de Garantía Recíproca, Normativa, Marco Regulatorio y Supervisión en el Sistema Argentino”. Disponible en internet en el mes de junio de 2011, en www.redegarantias.com/boletines/archivo.asp?idarchivo=347.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Lo anterior, dado que en el caso argentino su respectiva legislación, a saber, la ley número 24.467, no regula de manera aislada la temática de las garantías recíprocas, sino que en cambio establece todo un cuerpo normativo que da cuenta de una completa y detallada política pública en torno al “*Régimen para las pequeñas y medianas empresas*”.

De ahí que el inciso primero de su artículo 32 no se refiera al objeto de la ley, sino que en cambio denomina como “caracterización”- a la autorización de existencia de las SGR- al señalar que: “Créanse las sociedades de garantía recíproca (S.G.R.) con el objeto de facilitar a las PYMES el acceso al crédito”.

Una segunda norma que se refiere al objeto de la SGR, la encontramos en el artículo 33 de la LSGR argentina, también denominado simplemente como “*objeto*” por el legislador argentino, y el cual dispone que: “El objeto social principal de las sociedades de garantía recíproca será el otorgamiento de garantías a sus socios partícipes mediante la celebración de contratos regulados en la presente ley. Podrán asimismo brindar asesoramiento técnico, económico y financiero a sus socios en forma directa o a través de terceros contratados a tal fin.”

A partir de lo expuesto, estimamos necesario efectuar los siguientes alcances;

- a. El legislador argentino en vez de referirse a la existencia de un objeto o finalidad exclusiva de la SGR, señala que el otorgamiento de garantías a favor de sus socios participes se constituirá en su “principal” objeto social. Con ello, da pie para que existan otros objetos sociales que entendemos tendrían la consideración de “accesorios” al otorgamiento de garantías.
- b. A diferencia de otras realidades iberoamericanas, el legislador argentino no señala que el otorgamiento de las garantías se efectuará a través de fianzas, avales u otras garantías personales afines, sino que mediante la celebración de un contrato de garantía recíproca regulado en su propia ley.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- c. Lo anterior, es especialmente importante para los objetos perseguidos por la presente investigación, en tanto cabe recordar que- tal como veremos más adelante,⁷⁷ el legislador chileno se inspiró y siguió con respecto a esta materia, la misma tendencia que su par argentino, es decir centró gran parte de lo que veremos es la funcionalidad o aspecto dinámico de su sistema de garantías recíprocas, en la celebración de un contrato más que en la eficacia de la propia garantía.

3.2.1.5 Proyecto de Ley de SGR de Bolivia.⁷⁸

Con respecto al proyecto de ley boliviano, cabe traer a colación dos normas precisas, que se encuentran contenidas en ambos casos en su Capítulo I denominado “*Disposiciones generales*”.

A través de dichas normas, el legislador boliviano efectúa una distinción entre por una parte, lo que corresponde al objeto de la ley, y por otra, lo que se refiere al objeto exclusivo de la SGR.

En lo que guarda relación con el objeto de la ley, el artículo 1 del proyecto- denominado “*Objeto*”, señala que: “La presente ley tiene por objeto fomentar la inversión y el desarrollo productivo a través del mercado de capitales mediante el establecimiento de sociedades de garantía recíproca y el fomento al capital de riesgo que impulsen el crecimiento y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (Pymes) y los nuevos pequeños y medianos emprendimientos.”

De otro lado, respecto al objeto ya no de la ley sino que de la SGR- el artículo 4 del proyecto dispone que: “Las sociedades de garantía recíproca tienen el único y exclusivo

⁷⁷ Vid., infra Páginas 269 y ss.

⁷⁸ Proyecto de Ley de Sociedades de Garantía Recíproca, versión No. 1, julio de 2005, de la República de Bolivia, actualmente en tramitación parlamentaria

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

objeto social de otorgar garantías a sus socios partícipes mediante la celebración de contratos regulados en la presente ley, así como brindar asesoramiento técnico, económico y financiero a dichos socios en forma directa o a través de terceros contratados a tal fin”

3.2.1.6 El caso de Guatemala como parte de una tendencia centro americana.⁷⁹

Finalmente en el caso de Guatemala, encontramos una regulación bastante rica sobre el particular.

Efectivamente, el legislador guatemalteco no sólo continúa con línea de trabajo de sus pares iberoamericanos- en orden a establecer la finalidad exclusiva u objeto social único de su SGR, sino que al igual que sus pares salvadoreño y nicaragüense- regula de manera detallada las operaciones y servicios que la SGR puede entregar en beneficios de sus asociados.

Para ello, y en lo que se refiere al objeto social único de la SGR, el artículo sexto de su ley- denominado “*finalidad exclusiva*”, dispone que: “Las sociedades de garantía recíproca se constituirán con el fin exclusivo de otorgar garantías personales a favor de sus socios partícipes, por aval o cualquier otra legalmente permitida para el giro normal de las empresas; asimismo, podrán brindar a dichos socios, capacitación y asesoría financiera.”⁸⁰

De otra parte, y para cerrar esta tendencia legislativa que tal como afirmamos- existiría entre parte de los países centroamericanos en torno a un tratamiento múltiple del objeto social de la SGR, la LSGR guatemalteca en su Capítulo VII, y más específicamente en el artículo 66 de su LSGR denominado exactamente igual que el artículo 45 de su par

⁷⁹ Iniciativa Número 4152. Ley del Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca. Actualmente en manos del Poder Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

⁸⁰ Al respecto, no podemos dejar de mencionar el notable parecido entre ésta norma- y lo que tal como analizamos anteriormente, estableció sobre el particular el legislador salvadoreño. Ello no sólo por que se llamen de la misma forma – a saber; “finalidad exclusiva”- o por que incluso compartan el mismo numeral sexto de su respectiva legislación- sino por que sus respectivos contenidos normativos son sorprendentemente similares.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

nicaragüense, a saber; “*Operaciones y servicios*”, agrega que: “Las sociedades de garantía recíproca podrán prestar los servicios y realizar las operaciones siguientes: a) Otorgar a favor de sus socios partícipes, garantías personales, por aval o cualquier otra legalmente permitida para el giro normal de las empresas; b) Brindar a sus socios partícipes capacitación y asesoría financiera; c) Efectuar inversiones de conformidad con lo estipulado en la presente ley; d) Constituir depósitos en instituciones financieras supervisadas por la Superintendencia de Bancos; e) Efectuar las operaciones del giro ordinario conforme al objeto social prescrito en esta ley; f) Contratar reafianzamientos para cubrir las garantías otorgadas a sus socios partícipes; g) Realizar convenios con instituciones financieras y empresas comerciales para facilitar el acceso al crédito a sus socios partícipes; h) Emitir instrumentos de deuda convertibles en acciones; i) Otras operaciones que apruebe la junta monetaria, a propuesta de la Superintendencia de Bancos.”

A partir de lo expuesto, resulta necesario efectuar un reconocimiento explícito y asignar el justo valor que merecen las legislaciones salvadoreña, nicaragüense y guatemalteca, a la hora de regular de manera tan detallada las operaciones y servicios conexos que la SGR deben y en su caso, pueden hacer en beneficio de sus asociados.

A mayor abundamiento, estimamos que la entrega de un listado de esta naturaleza, es actualmente- y estimamos que lo seguirá siendo a futuro, una guía de consulta y un referente obligado por parte de las otras realidades iberoamericanas, y en especial para aquellas que hayan considerado en cambio, sólo una mención genérica de aquello que la SGR puede hacer de conformidad a su objeto único social.

3.2.2 ¿De qué manera debe la SGR entregar sus garantías? La doble condición del socio partícipe.

Una vez resuelta la interrogante en torno a lo que la SGR debe y puede hacer en beneficio de sus asociados, corresponde ahora preguntarnos de qué manera las distintas

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

legislaciones han regulado la manera precisa de hacer efectiva la entrega de garantías personales en beneficio de sus asociados, o si se quiere decir en otros términos, el beneficio a la correspondiente MiPyme socia partícipe.

Al respecto, creemos que el aclarar este punto es especialmente importante, ya que precisamente en las distintas sociedades de garantía recíproca- que cuentan con la distinción entre socios partícipes y protectores, es que se da esta circunstancia esencial de que tratándose de la primera clase de socios, a saber; los socios partícipes, éstos además de ser socios- son en definitiva, los “*clientes exclusivos*” de las SGR.

Dicha doble condición, es decir de socio y cliente al mismo tiempo de la sociedad de garantía recíproca, se refleja en la estructura de las relaciones sociales y plantea el problema de las implicaciones de una relación sobre la otra.

En otras palabras, esta doble condición del socio partícipe, plantea la necesidad de tener que abordar esta circunstancia, y por sobre todo- reclama el tener que tratar de evitar que dicho status le confiera privilegios que afecten el régimen jurídico de las garantías entregadas, o como lo denominan las distintas legislaciones “*el régimen aplicable a las garantías.*”

3.2.2.1 Régimen aplicable a las garantías españolas.⁸¹

La primera y tal vez la más completa y aclaratoria regulación en torno al régimen jurídico aplicable a las garantías que reciben los socios partícipes, la encontramos en el artículo 10 de la ley 1/1994- denominado precisamente como “*Régimen aplicable a las garantías otorgadas por las Sociedades de Garantía Reciproca.*”⁸²

⁸¹ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994.

⁸² A propósito del régimen de las garantías otorgadas por la SGR española, Broseto Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando; sostienen que: “El art. 10 de la Ley 1/1994, de SGR establece que la condición de socios de las personas avaladas o garantizadas por las SGR no afecta al régimen jurídico de los avales y garantías

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

En efecto, el artículo 10 número 1 de la LSGR española nos aclara cuál es la forma de afrontar esta doble condición del socio partícipe al señalar que: “La condición de socio de las personas avaladas o garantizadas por la sociedad de garantía recíproca no afectará al régimen jurídico de los avales y garantías otorgados, los cuales tendrá carácter mercantil, y se regirán en primer lugar por los pactos particulares si existieran, y en segundo lugar, por las condiciones generales contenidas en los estatutos de la sociedad, siempre que tanto uno como otro no sean contrarios a las normas legales de carácter imperativo.”

A partir de los términos descritos, comprendemos que el LSGR español quiere hacer diferentes tres cosas que se encuentran íntimamente relacionadas como lo son; la condición de socio partícipe, la condición de persona avalada o garantizada, y finalmente la regulación jurídica de la garantía otorgada.

De la misma forma, impide que la calidad de socio partícipe pueda influir de manera alguna en el otorgamiento de la garantía, ya sea con relación al mismo socio partícipe, ya sea con un tercero relacionado directa o indirectamente con él.

Ahora bien, la búsqueda de esta regulación jurídica igualitaria, se alcanza a partir del fiel cumplimiento de los siguientes hechos;

- a. Asegurando el carácter mercantil para el régimen jurídico de los avales y garantías que se vayan otorgando por parte de la SGR.

otorgados. Estos últimos, que tienen carácter mercantil se regirán, en primer lugar, por los pactos particulares si existieran y, en segundo lugar, por las condiciones generales que deben contener los estatutos sociales, siempre que no sean contrarias ya a las normas legales de carácter imperativo; y, en tercer lugar, por las prescripciones del Derecho Común que les resulten aplicables. En el contrato de aval, que habrá de figurar para su validez en escritura pública o en póliza intervenida por fedatario pública, se deberá especificar las cláusulas contractuales que le son aplicables. En la vigente Ley SGR se sigue hablando reiteradamente de aval y “contrato de aval”, terminología no muy correcta desde un punto de vista técnico jurídico pues en rigor se trata de una modalidad del contrato de fianza. Para aumentar la seguridad de las garantías otorgadas por estas sociedades, se prevé, como se dijo anteriormente la constitución de un fondo de provisiones técnicas, que forma parte del patrimonio social, estando integrado por los conceptos detallados en el art 9º de la Ley, y en el R.D. 2345/1996 (art. 3)”. Broseto Pont Manuel y Martínez Sanz Fernando, “Manual de Derecho Mercantil” 12 Edición, Vol. I, Madrid, 2005. Ob.cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- b. En segundo término, a través del establecimiento que tanto avales como garantías otorgados por la SGR- se registrarán en primera instancia- por los pactos particulares que existiesen, y en segundo término- por las condiciones generales contenidas en los estatutos de la SGR.

- c. Finalmente, al reconocer que el número 1 del artículo 10 de la LSGR, es una norma de orden público- y que por tanto, le alcanza un carácter imperativo que no admite ser dejado sin efecto por la sola voluntad de las partes.

En suma, con esta disposición contenida en el número 1 del artículo 10- queda claro que la LSGR excluye: “Cualquier trato de favor en cuanto socios que altere la naturaleza del tipo de garantías que debe ofrecer la sociedad al socio avalado, pero esto no puede suponer una separación tajante de ambos aspectos que sería contraria a la razón de ser de estas sociedades; en definitiva, la relación societaria subyace y se justifica en función de la relación de garantía, razón por la cual en los estatutos sociales se recogen las condiciones generales a las que se somete la concesión de garantía al socio.”⁸³⁸⁴

⁸³ Uría, R, Menéndez, 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.

⁸⁴ Tal como enunciásemos anteriormente la regulación española en torno al “régimen aplicable a las garantías otorgadas por las Sociedades de Garantía Recíproca”, es bastante completa ya que si en su número 1 se encarga de regular los efectos de la doble condición de socio y cliente que presente el socio partícipe- en el número 2 por su parte, se preocupa de establecer el modo de formalizarlo, al señalar que: “La relación entre la sociedad de garantía recíproca y el socio en cuyo favor se hubiere otorgado una garantía deberá formalizarse, para su validez, en escritura pública o en póliza firmada por las partes e intervenida por corredor de comercio colegiado. Finalmente el número 3 del artículo 10, cierra el círculo en torno al régimen aplicable a las garantías en la LSGR española, al disponer que: “Los avales a que se refieren las disposiciones legales que exigen y regulan la prestación de garantías a favor de las Administraciones y organismos públicos podrán ser otorgadas por las Sociedades de Garantía Recíproca, con las limitaciones que establezca específicamente la legislación aplicable.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.2.2.2 Régimen aplicable a las garantías nicaragüenses.⁸⁵

El segundo régimen aplicable a las garantías, lo encontramos en lo dispuesto en el artículo 47 de la LSGR de Nicaragua, cuando señala que: “Las garantías otorgadas tendrán carácter mercantil y se registrarán por las condiciones generales aprobadas en los estatutos de la sociedad y por los contratos particulares para su emisión, los que serán formalizados mediante escritura pública, la que tendrá carácter de título ejecutivo para exigir el importe total de la obligación”

Tal como resulta fácil de apreciar, el régimen aplicable a las garantías nicaragüenses, salvo la consideración adjetiva de tener título ejecutivo para exigir el importe total de la obligación, es sumamente similar a lo que anteriormente reguló el legislador español.

Ahora bien, lo anterior no obsta a reconocer, que no obstante la semejanza, existen dos elementos cuantitativos- que son propios de este legislador centro americano.

El primero de dichos elementos cuantitativos, apunta al hecho que la respectiva garantía que la SGR entregue a sus socios partícipes, deberá ser-en todos los casos, por sumas fijas y determinadas.

El otro elemento cuantitativo considera que: “Las SGR podrán otorgar a sus Socios Partícipes, avales, fianzas y garantías financieras o de pago hasta por un monto del cinco por ciento del capital social.”⁸⁶

⁸⁵ Ley del sistema de sociedades de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa. Ley Número 663, aprobada el 25 de Junio de 2008, publicada en La Gaceta N° 173 del 08 de Septiembre de 2008.

⁸⁶ Estimamos que estos dos elementos cuantitativos refuerzan la imparcialidad e igualdad que al final de cuentas, se pretende lograr con el régimen aplicable a las garantías.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.2.2.3 La realidad guatemalteca.⁸⁷

Como corolario, nos abocaremos al estudio de lo dispuesto por la LSGR guatemalteca- quien en su artículo 68 denominado “*régimen de garantías*”, continúa con la senda trazada por la ley 1/19994 española -al disponer al efecto que: “La condición de socio de las personas avaladas o garantizadas por la sociedad de garantía recíproca no afectará al régimen jurídico de los avales y garantías otorgadas, las cuales tendrán carácter mercantil y se registrarán, en primer lugar, por lo acordado entre las partes, y en segundo lugar, por las condiciones generales contenidas en la escritura social.”⁸⁸

De otra parte, en lo que si existe innovación por parte de la LSGR guatemalteca- es en el establecimiento de un registro de garantías ad-hoc, al señalar en el inciso tercero de su artículo 68 que: “Las sociedades de garantía recíproca deberán habilitar un registro de garantías otorgadas a los socios partícipes, que deberá incluir como mínimo, el monto, plazo, fecha de formalización, extinción de la garantía y demás características.”

Con respecto a este registro especial, estimamos que existen dos condiciones que necesariamente deberá cumplir, aún cuando la ley no lo haya dicho expresamente;

- a. La primera condición se refiere a la necesidad que dicho registro sea público. Esto para otorgar la publicidad justa a objeto de cualquier socio o incluso un tercero ajeno a la SGR, pueda conocer qué garantías se han entregado a los socios partícipes.

⁸⁷ Iniciativa Número 4152. Ley del Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca. Actualmente en manos del Poder Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

⁸⁸ De la misma forma, y al igual que su par español- la LSGR guatemalteca regula a continuación, la manera en que debe dejarse plasmada esta doble condición de socio y cliente que alcanza al socio partícipe, al disponer al efecto que: “La relación entre la sociedad de garantía recíproca y el socio en cuyo favor se hubiere otorgado una garantía deberá formalizarse, para su validez, en escritura pública o en documento privado con firma legalizada.” Si comparamos las realidades españolas y guatemaltecas sobre este punto, podremos apreciar que en el segundo caso existe un mayor grado de flexibilidad por parte de su legislador ya que para estos efectos, le reconoce validez al instrumento privado que sólo ha sido autorizado y no otorgado ante escribano o notario público.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- b. La segunda condición en cambio, se refiere al hecho que dicho registro debe quedar sujeto a la fiscalización por parte de la autoridad administrativa respectiva, en este caso- sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos Guatemalteca.

3.2.3 ¿Qué es lo que no puede hacer la SGR? Operaciones Prohibidas.

Finalmente, el estudio del objeto social único de la SGR, nos lleva a preguntarnos que es aquello que las sociedades de garantía recíproca no pueden hacer.

Para tal efecto- y sólo a vía de referencia, analizaremos lo que la legislación argentina, guatemalteca, y nicaragüense han establecido al efecto- en lo que denominan como operaciones prohibidas y/o limitaciones de sus correspondientes SGR.

En efecto, señalamos que estas tres legislaciones son sólo una referencia, ya que junto a ellas existen una serie de otros países- que a contrario sensu, no regularon de manera global aquello que la SGR no puede hacer, tal como por ejemplo ocurre con las realidades de Chile y Uruguay. En estos casos, la determinación precisa de aquello que la SGR puede o no puede hacer, viene dado por el estricto cumplimiento de ya sea su respectivo objeto social, o bien de prohibiciones aisladas establecidas al efecto.⁸⁹

3.2.3.1 Las operaciones prohibidas en la SGR argentina.⁹⁰

Tratándose de la LSGR argentina, su artículo 35 denominado “operaciones prohibidas”, es el encargado de regular esta materia al disponer que: “Las sociedades de

⁸⁹ Por ejemplo, recordemos que tratándose del caso chileno – el artículo 4º de la ley 20.179, regula de manera aislada la prohibición más típica que afecta a la SGR- al disponer 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.”

⁹⁰ Ley núm. 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas,” promulgada el día 23 marzo 1995, Publicada en Boletín Oficial con fecha 28 de marzo de 1995.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

garantía recíproca (S.G.R.) no podrán conceder directamente ninguna clase de créditos a sus socios ni a terceros ni realizar actividades distintas a las de su objeto social”.

A partir de lo expuesto, creemos que resulta necesario efectuar las siguientes precisiones;

- a. El legislador argentino reconoce dos tipos de operaciones prohibidas, a saber una específica y una general.
- b. La primera de ellas- a saber la de carácter específica, le impide a la SGR otorgar ninguna clase de créditos a sus socios. Al respecto, cabe recordar que esta primera prohibición es sumamente necesaria para el correcto funcionamiento de cualquier SGR, en tanto tiende a evitar se desnaturalice la función intermediaria y no crediticia que tiene la SGR. Cabe recordar que el objeto de la SGR es poder permitir que la MiPymes accedan a mejores condiciones de financiamiento. Dicho financiamiento será otorgado por terceros acreedores, tal como lo son los bancos. En otras palabras, si la SGR otorgase directamente créditos a sus asociados dejaría de cumplir la función para la cual se constituyó, a saber; un instrumento de promoción y no de intermediación o acreencia de la MiPyme.
- c. La segunda prohibición en cambio, es de carácter general, y alcanza a todas aquellas actividades u operaciones que se realicen al margen del objeto social.

3.2.3.2 Operaciones prohibidas en la LSGR nicaragüense.⁹¹

Un segundo referente, lo encontramos en las “*operaciones prohibidas*” del artículo 46 de la LSGR nicaragüense, cuando señala que: “Las SGR no podrán realizar las

⁹¹ Ley del sistema de sociedades de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa. Ley Número 663, aprobada el 25 de Junio de 2008, publicada en La Gaceta N° 173 del 08 de Septiembre de 2008.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

siguientes operaciones o servicios: a) Otorgar préstamos y créditos directos o indirectos; b) Otorgar avales, fianzas u otras garantías a Socios Protectores y personas naturales y/o jurídicas que no sean Socios Partícipes; c) Efectuar operaciones de intermediación financiera; d) Intermediar y ofrecer seguros y otras que sean incompatibles con la finalidad de la sociedad.”

A partir de lo dispuesto, puede apreciarse que si bien es cierto que el legislador nicaragüense nos entrega una regulación más detallada- que por ejemplo su par argentino, no se puede dejar de reconocer que en definitiva sigue la misma tendencia, es decir; la división entre por una parte, de operaciones que de manera precisa o particular se encuentran prohibidas para la SGR- letra a), y otras en cambio, que terminan siendo prohibidas de manera genérica, en tanto no se condicen con su objeto social- letras b),c) y d).

El otro aspecto que cabe reconocer, es que aún cuando el legislador nicaragüense no lo señale expresamente, creemos que la referida enumeración de operaciones prohibidas del artículo 46, es meramente referencial y no taxativa. Lo anterior, en tanto estimamos que es la forma de hacer viable el fiel cumplimiento de su objeto social.⁹²

3.2.3.3 Prohibiciones y limitaciones guatemaltecas.⁹³

La tercera y última legislación que nos corresponde analizar, se refiere a lo que los artículos 69 y 70 de la LSGR guatemalteca- llamaron y regularon respectivamente como prohibiciones y limitaciones de la SGR.

Por una parte, encontramos las prohibiciones del artículo 69- y en virtud de las cuales: “A las sociedades de garantía recíproca les está prohibido: a) Otorgar créditos directos; b) Otorgar garantías personales, por aval o cualquier otra legalmente permitida, a

⁹² En otras palabras, estimamos que todas aquellas actividades que no se encuentren acordes con el objeto social de la SGR, deberán ser consideradas de manera genérica como operaciones prohibidas para la SGR.

⁹³ Iniciativa Número 4152. Ley del Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca. Actualmente en manos del Poder Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

personas individuales y/o jurídicas que no sean socios participes; c) Efectuar operaciones de intermediación financiera; d) Intermediar y ofrecer seguros; y e) Otras que sean incompatibles con la finalidad de la sociedad”

De otro lado, el artículo 70 reguló las limitaciones a las cuales quedarían sujetas las SGR, al disponer que: “Las sociedades de garantía recíproca podrán realizar las operaciones que se describen con las limitaciones siguientes; a) Adquirir o conservar los bienes inmuebles y muebles, que fueren necesarios para su funcionamiento, siempre que su valor no exceda del veinte por ciento de su patrimonio computable; y b) Otorgar avales y garantías a un mismo partícipe o unidad de riesgo que en su conjunto excedan del cinco por ciento de su patrimonio computable.”

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente los siguientes comentarios;

- a. El legislador guatemalteco- a diferencia de sus pares iberoamericanos, reconoce dos tipos o clases de actos en lo que se refiere a las operaciones que la SGR no debe o no puede realizar libremente, a saber; las prohibiciones- para aquéllas operaciones que definitivamente no puede llevar a efecto, y las limitaciones- es decir para aquéllas operaciones que si puede realizar pero no de forma absoluta.
- b. Con respecto a las prohibiciones, la LSGR guatemalteca no presenta grandes diferencias con otras legislaciones de la región, tales como la argentina o la nicaragüense.
- c. En donde si puede apreciarse una importante innovación y mejora- es en la incorporación y regulación de esta figura denominada de las “limitaciones” a las cuales se encontraría sujeta la SGR. Al respecto, estimamos que estas limitaciones constituyen un completo acierto por parte del legislador guatemalteco, en tanto abren todo un amplio camino para la determinación de

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

figuras, actividades, u operaciones –que estando permitidas para las SGR, requieren sin embargo de un trato distintivo que resguarde al patrimonio social o colectivo de la SGR.

- d. En otras palabras, los requisitos especiales que se exigen para las denominadas limitaciones, se justifican plenamente en tanto buscan que la labor propia de afianzamiento de la SGR, se pueda seguir desarrollando con los recursos necesarios.

3.3 La razón social distintiva. El nombre propio de la Sociedad de Garantía Recíproca.

Una tercera característica propia o particular de lo que sería una sociedad de garantía recíproca iberoamericana, se refiere a su razón social o en otros términos, a su nombre propio.

Dicha razón social o nombre propio, surge precisamente de la naturaleza societaria que presenta la SGR, en tanto tipo social de carácter híbrido- y que como a cualquier otra forma societaria, se le reconoce por una ficción, la existencia de atributos que emanan de su personalidad jurídica propia- distinta de sus socios individualmente considerados.

De ahí que esta tercera característica de la SGR, más que aportar un elemento esencial de la SGR, es más bien una consecuencia natural y necesaria de su consideración societaria, y que busca en definitiva- el poder diferenciar a la SGR de otros tipos sociales tales como la sociedad anónima, o bien la sociedad colectiva de responsabilidad limitada.

Ahora bien, lo anterior no le debe quitar la importancia que merece el poder contar con una razón social o nombre propio diferenciador. En efecto, la SGR independientemente de su consideración societaria debe girar bajo una denominación social, en la que

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

necesariamente debe figurar la indicación de ser una “Sociedad de Garantía Recíproca”, o bien agregar la abreviatura “SGR” al final de la denominación.⁹⁴

3.3.1 El referente español. Exclusividad, correcta utilización y sanción por uso indebido de su razón social.⁹⁵

Tal como hemos podido apreciar a lo largo de nuestro estudio, la ley 1/1994 española se ha constituido en una efectiva guía en torno a distintos elementos de las otras sociedades de garantía recíproca de iberoamerica.

En dicho sentido, la forma como el legislador español regula la razón social de la SGR- a través de lo que su artículo quinto llama como “*denominación social*”- es otro buen ejemplo de ello.

En efecto, esta “*denominación social*” considera una regulación precisa pero no por ello menos completa, de las distintas aristas que rodean el nombre de la SGR, tales como su exclusividad, correcta utilización, e incluso sanciones producidas como efecto de su uso indebido.

En primer término, encontramos la exclusividad que la LSGR española le entrega a su denominación social, al disponer al efecto que: “Deberá figurar necesariamente la indicación Sociedad de Garantía Recíproca, que es exclusiva de este tipo social.”

Al respecto, cabe precisar que esta exclusividad no le quita a nuestro entender, el carácter híbrido que en tanto tipo social presenta la SGR, y por ello- es que dicha

⁹⁴ De la misma forma, no debemos olvidar que la razón social es la primera y más importante cara visible que los terceros tendrán en cuenta a la hora de realizar cualquier tipo de relaciones jurídicas, económicas y comerciales con la SGR.

⁹⁵ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

exclusividad debe ser entendida sólo como una forma utilizada por la LSGR española para distinguirla precisamente de otros tipos sociales.⁹⁶

De otra parte, y a partir de los términos utilizados por el legislador- a saber; “necesariamente” y “exclusiva”, no queda otro camino que atribuir el carácter de imperativa a esta norma, y por tanto, no renunciable ni modificable por la sola voluntad de los socios ya sea en el pacto social de constitución o bien en una modificación ex post.

Para cerrar el uso exclusivo de su denominación social, la LSGR española- tal como ocurre con otros tipos sociales- le reconoce validez jurídica a la abreviatura S.G.R- en cuyo caso: “deberá incluirse al final de la denominación.”

En segundo lugar, encontramos lo que hemos denominado como la correcta utilización de la razón social de la SGR.

Para tal objeto, el legislador español establece las siguientes medidas y/o reglas prohibitivas;

- a. La primera regla apunta al hecho que: “No podrá adoptarse una denominación idéntica a la de otra entidad mercantil preexistente”. Al respecto, estimamos que esta medida presenta toda lógica, ya que el nombre o razón social es un atributo de la personalidad que es propio y exclusivo de cada una de las SGR- y que por tanto, no es posible que puedan co-existir de manera simultánea dos SGR con el mismo nombre. Es más, y como era de esperar, la LSGR española refuerza dicha circunstancia al entregar una natural preferencia a la razón o nombre social de aquella SGR que se haya constituido previamente.

⁹⁶ Tal como veremos más adelante cuando analicemos el régimen de responsabilidad social, el hecho que la denominación social sea exclusiva de la SGR no obsta a seguir reconociendo que la SGR presenta un tipo social híbrido, sobre todo en lo que guarda relación con la responsabilidad limitada de los socios frente a las deudas sociales. Vid.infra. Páginas 112 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- b. Una segunda medida en cambio, la encontramos en el inciso segundo del artículo 5, al señalar que: “Ninguna persona, física o jurídica, podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, utilizar las denominaciones genéricas propias de éstas u otras que puedan inducir a confusión con ellas.” Tal como veremos más adelante,⁹⁷ otra de las características distintivas de la SGR es que ella se encuentra sometida a la autorización y supervisión de la autoridad administrativa. Precisamente a dicha autorización de existencia es a lo que se está refiriendo el inciso segundo del artículo 5, cuando exige que todo tipo de personas, sea física o jurídica, deben previamente haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, si es que quieren utilizar una denominación social genérica, ya sea propia de la SGR, o bien cualquier otra que pueda inducir a confusión.⁹⁸
- c. Una tercera y última regla adoptada por la LSGR en aras de la correcta utilización de la razón social, apunta al registro mercantil y a los demás registros públicos, quienes: “no inscribirán aquellas sociedades cuya denominación se oponga a lo dispuesto en este artículo.” Como corolario, y a objeto de que tuvieran real sentido las dos medidas precedentes- y para que en consecuencia se pudiese alcanzar una correcta utilización de la razón social- el legislador impide que tanto el registro mercantil como asimismo los demás registros públicos, inscriban cualquier denominación o razón social que ya sea pertenezcan con anterioridad a otra SGR, o bien cualquiera otra genérica que pueda inducir a confusión o engaño.

Finalmente, visualizamos la existencia de una sanción de nulidad que la LSGR española agrega precisamente frente al uso indebido de su razón o nombre social.

⁹⁷ Vid. *Infra*. 3.8. Pág. 139.

⁹⁸ A mayor abundamiento, estimamos que con esta medida el legislador español estaría protegiendo los intereses de terceros de Buena Fe- en el sentido de tratar de evitar se vean expuestos a confusiones y/o engaños injustos- generados a causa de una denominación social poco clara o sin las inscripciones de rigor.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Para ello, el inciso tercero del citado artículo quinto, una vez que impide al registro mercantil y a los demás registros públicos la inscripción de aquellas SGR que contengan una denominación que contravenga lo dispuesto al efecto por el legislador- agrega por una parte que: “Cuando, no obstante, tales inscripciones se hallen practicadas, serán nulas de pleno derecho, debiendo procederse a su cancelación de oficio o a petición del órgano administrativo competente.”, y por otra- señala que: “Dicha nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos de conformidad con el contenido de los correspondientes registros, lo que se comunicará, al propio tiempo, a las personas afectadas.”

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente las siguientes consideraciones;

- a. Dada la naturaleza de la nulidad establecida por el legislador español- a saber de pleno derecho; es decir que no requiere de sentencia judicial para su aplicación, queda claro que la LSGR española quiere evitar a toda costa un uso indebido de la denominación o razón social de su SGR.
- b. En virtud de lo anterior, es que si bien es cierto que la LSGR reconoce que en la práctica se pueden producir inscripciones realizadas al margen de la ley- ya sea por error, ya sea por trasgresión directa de la norma, la sanción respectiva apuntará siempre a la cancelación de la inscripción correspondiente, ya sea de oficio o bien por parte del órgano administrativo competente que la haya realizado.
- c. Así como la LSGR trata de evitar que se produzcan inscripciones anómalas de su denominación social, de la misma manera se tratará de evitar que ello perjudique de manera injusta a los derechos adquiridos en el intertanto por terceros de buena fe. En otras palabras, el efecto retroactivo que es propio de la nulidad en tanto sanción, no podrían alcanzar los derechos surgidos en beneficio

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

de terceros que estaban de buena fe al momento de su surgimiento, lo cual equivale a decir que no sabían que la inscripción social respectiva adolecía de una anomalía.

3.3.2 El nombre de la SGR argentina.⁹⁹

En el caso argentino, escaso fue el aporte que nos entrega su legislador en esta materia.

En efecto, en su exiguo artículo 36- llamado “*denominación*”, simplemente se limitó a señalar que: “La denominación social deberá contener la indicación “sociedades de garantía recíproca, su abreviatura o las siglas S.G.R.”

El problema de esta escasa regulación argentina- es que no sólo deja una serie de dudas en su propia legislación local, sino que asimismo ha dado pie para sembrar vacíos en otras legislaciones que le siguieron como referente- tal como sabemos ocurrió así en el caso de la ley chilena.¹⁰⁰

3.3.3 El nombre comercial salvadoreño.¹⁰¹

A diferencia del legislador argentino, el legislador salvadoreño, prefirió seguir el mismo estilo que su referente español, para lo cual reguló a partir del artículo séptimo de su

⁹⁹ Ley núm. 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas,” promulgada el día 23 marzo 1995, Publicada en Boletín Oficial con fecha 28 de marzo de 1995.

¹⁰⁰ Recordemos que el artículo 3° de la ley 20.179, estableció en su letra b) que una de las reglas específicas a las cuales se encuentra sujeta las instituciones de garantía recíproca chilenas, es precisamente aquella que se refiere a su razón o nombre social- y en virtud de la cual “El nombre 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.”

¹⁰¹ Decreto Legislativo número 553, de fecha 20/09/2001. Publicado en el Diario Oficial número 199 de fecha 22/10/2001. Reformado por D.L. N° 821, del 19 de abril del 2002, publicado en el D. O. N° 89, Tomo 355, del 17 de mayo del 2002.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

LSGR- de manera bastante detallada, lo que entendió como el nombre comercial de la SGR.¹⁰²

Sobre este punto, resulta necesario recordar que toda SGR- en tanto tipo social- puede poseer dos formas distintas para presentarse frente a terceros.

La primera de ellas es precisamente su nombre o razón social en tanto atributo de personalidad.

La segunda forma en cambio, apunta a lo que usualmente se denomina como “*nombre comercial o “nombre de fantasía”*”, y en virtud del cual- la sociedad si bien es cierto que podrá operar frente a terceros, lo hará de una manera más limitada que si lo hiciese con su verdadero nombre o razón social, y por cierto, en la búsqueda de un enfoque o beneficio más comercial.

De ahí que esta denominación que efectúa el legislador salvadoreño de “*nombre comercial*”, estimamos que resulta aplicable tanto para la razón social como asimismo para el nombre de fantasía de la SGR salvadoreña.¹⁰³

Ahora bien, no se puede dejar de reconocer que si bien es cierto que la ley 1/1994 española- le sirvió de referente al legislador salvadoreño, ello no fue absoluto.

De hecho, en lo que dice relación tanto con la correcta utilización de su respectiva razón social, como asimismo en la sanción respectiva que se apareja por su indebido uso-

¹⁰² Para tales efectos, el artículo 7 de su LSGR dispuso que: “Las Sociedades de Garantía podrán adoptar y registrar cualquier nombre comercial o denominación que crean conveniente con tal que no pertenezca a otra entidad y no se preste a confusiones. Deberá figurar, necesariamente, la indicación “Sociedad de Garantía” o su abreviatura S. G. R., que es exclusiva de este tipo de sociedad.”

¹⁰³ Tal como veremos más adelante, con respecto a este punto estimamos que el legislador chileno efectuó un importante aporte, ya que reconoce expresamente que son efectivamente dos cosas distintas- al disponer en la parte final del artículo 3 letra b) que: “La sigla de fantasía que adopte, en su caso, deberá también contener la señalada frase o su abreviación.” Vid. *Infra*. 193 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

la LSGR salvadoreña incorpora un valioso factor delimitante, al disponer por una parte que: “Ninguna Sociedad de Garantía usará en su denominación o nombre comercial la expresión “Nacional” o cualquier otra que pueda sugerir que se trata de una organización por la que responda el Estado”, y al agregar de otro lado que: “El Registro de Comercio no inscribirá aquellas sociedades de garantía cuya denominación o nombre comercial se oponga a lo dispuesto en este artículo”.

A mayor abundamiento, estimamos que la prohibición descrita anteriormente, nos entrega un valioso factor delimitante, ya que evita que se produzca cualquier tipo de fraude o engaño que busque perjudicar a terceros, haciéndoles creer a priori que la SGR puede presentar una naturaleza tal, que involucre de manera directa o indirecta la responsabilidad del Estado en labores propias que efectúe la SGR, a saber; afianzamiento, o cualquier otro servicio conexo.

Ahora bien, lo anterior no obsta a reconocer que el Estado y sus organismos pueden e incluso en ciertos aspectos deben participar en labores tales como las de reafianzamiento del sistema de garantías recíprocas, impulsor de políticas públicas en favor de la MiPyme y de acceso a condiciones crediticias más favorables, etcétera.

El punto es que dichas tareas que debe cumplir el Estado o sus organismos no induzcan a ninguna clase de engaños que pudiese hacer pensar a cualquier tercero que tenga interés- que por ejemplo en este caso, el Estado de El Salvador, como un todo es quien se encuentra afianzando de manera directa las obligaciones asumidas a su vez, por las respectivas Mipymes o socios partícipes.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Es más, estimamos que la prohibición descrita refuerza el hecho que la connotación geográfica, es efectivamente un factor que promueve el desarrollo paulatino del sistema de garantías recíprocas, y que asimismo- se espera puedan ir presentando las distintas SGR a medida que se van constituyendo.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.3.4 La razón social y nombre de fantasía nicaragüense.¹⁰⁵

Siguiendo otra vez más con la tendencia de su par salvadoreño, el Capítulo III de la LSGR nicaragüense, nominado “*constitución de las sociedades de garantías recíprocas*”- estableció también en su artículo séptimo que: “Las Sociedades de Garantías Recíprocas podrán usar la denominación o razón social y nombre comercial, que crean conveniente, siempre que la misma no pertenezca a otra sociedad previamente inscrita.”

De la misma forma, y siguiendo la tendencia salvadoreña al respecto, dispone por un lado que: “Al final de la razón social deberá figurar, la indicación "Sociedad de Garantía Recíproca" o su abreviatura SGR, que es exclusiva de este tipo de sociedades”, y por otra parte cierra la regulación del correcto uso de su respectiva razón social, al disponer que: “Ninguna SGR usará en su denominación o nombre comercial la expresión "Nacional" o cualquier otra que pueda sugerir que se trata de una organización garantizada por el Estado.”

3.3.5 La similitud entre la razón social uruguaya y chilena.¹⁰⁶

En lo que se refiere al nombre o razón social de la SGR uruguaya, el citado artículo 16 de ley número 17.243, luego de autorizar el establecimiento de sociedades anónimas de garantía recíproca, y de reconocer que su objeto social es exclusivo, dispuso en su inciso sexto que: “En su denominación figurará necesariamente la indicación "Sociedad Anónima de Garantía Recíproca".

De otra parte, agrega en el inciso séptimo del citado artículo 16 de ley número 17.243, que: “También podrán adoptar la forma de sociedad cooperativa, en cuyo caso se

¹⁰⁵ Ley del sistema de sociedades de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa. Ley Número 663, aprobada el 25 de Junio de 2008, publicada en La Gaceta N° 173 del 08 de Septiembre de 2008.

¹⁰⁶ Ley N° 17.243 sobre “Servicios públicos y privados, seguridad pública y condiciones en las que se desarrollan las actividades productivas”, publicada en D.O. 6 jul/000 - N° 25554.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

denominarán Cooperativas de Garantía Recíproca y se regirán por las normas legales aplicables a estas sociedades, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo siguiente.”

Tal como veremos en el Capítulo II de la presente investigación, el legislador chileno siguió una fórmula bastante parecida a la de su par uruguayo- al momento de definir los dos ropajes jurídicos permitidos para la implementación de la Institución de Garantía Reciproca, a saber; o el de Sociedades Anónimas de Garantía Reciproca (SAGR) o bien, el de Cooperativas de Garantía Recíproca (CGR).¹⁰⁷

Ahora bien, indicamos que la fórmula es parecida pero no idéntica, ya que si bien es cierto que en ambas realidades se presenta una remisión normativa genérica y de carácter subsidiaria a las normas que regulan ya sea las sociedades anónimas,¹⁰⁸ o en su caso, a las cooperativas, no se puede dejar de reconocer que en el caso chileno con sus escasos 34 artículos, su regulación propia es más detallada que la de su homólogo uruguayo.

3.3.6 El proyecto de ley Boliviano.¹⁰⁹

Como corolario, encontramos el caso boliviano, y particularmente lo que su proyecto de ley consideró en el artículo tercero en base lo que denominó como una serie de “*características*” propias de la SGR, y entre las cuales por cierto, se incluyó la regulación de su razón social.

Para ello, el citado artículo tercero tras señalar que: “Las Sociedades de Garantía Recíproca deben constituirse como sociedades anónimas de acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio”, agrega que ellas deberán: “Incluir en su denominación la

¹⁰⁷ Vid., infra. Pág. 210.

¹⁰⁸ Recordemos que el inciso tercero del artículo 16 de la Ley número 17.243- dispuso al efecto que: “En todo lo no previsto por las disposiciones de este Capítulo, éstas se regirán por las disposiciones de la Ley N° 16.060, de 4 de setiembre de 1989.”

¹⁰⁹ Proyecto de Ley de Sociedades de Garantía Reciproca, versión No. 1, julio de 2005, de la República de Bolivia, actualmente en tramitación parlamentaria

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

expresión “Sociedad de Garantía Recíproca” o “S.G.R.”, cuyo uso exclusivo queda reservado para las sociedades autorizadas de conformidad a la presente Ley.”

3.4 Existencia de un capital social variable y su división en participaciones sociales dotadas de características propias.

Un cuarto elemento diferenciador que podría presentar una SGR iberoamericana- presenta un doble matiz, ya que apunta tanto a la existencia de un capital social variable, como asimismo a su respectiva división en participaciones sociales dotadas de características propias.¹¹⁰

Primeramente, en lo que se refiere al capital social de la SGR, cabe precisar que éste se encuentra integrado por las aportaciones de los socios y su monto en las distintas legislaciones iberoamericanas, es de carácter variable.

De otra parte, y en lo que se refiere a la forma en que se encuentra dividido el capital de la SGR, cabe señalar que las distintas legislaciones entienden de manera más o menos uniforme,¹¹¹ que ello se debe efectuar a través de “*participaciones sociales*”, las cuales deben tener igual valor nominal, deben ser acumulables e indivisibles, y finalmente no pueden tener la consideración de valores negociables, ni podrán tampoco denominarse acciones.

A mayor abundamiento, desde ya cabe agregar que el estudio de este cuarto elemento diferenciador, y más específicamente al de la participación social en la SGR, nos

¹¹⁰ Ahora bien, cabe precisar que aún cuando ambos elementos apunten a cosas diferentes, se encuentran íntimamente relacionados. Sin ir más lejos, y tal como lo veremos a continuación- en muchos casos, las distintas legislaciones iberoamericanas los han regulado incluso de manera conjunta. Lo anterior dado que el capital social de la SGR se conforma precisamente por las aportaciones de los distintos socios, y a quienes en consecuencia les corresponderá una parte de dicha participación.

¹¹¹ Señalamos de manera más o menos uniforme, ya que por excepción se presenta el caso de la legislación chilena, en donde tal como veremos en su oportunidad, el legislador de la ley 20.179 prácticamente igualó sin distinciones de ninguna especie, a la participación social con ya sea la acción de una Sociedad Anónima de Garantía Reciproca o bien con un derecho social en una Cooperativa de Garantía Reciproca. Vid., infra.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

llevará a tener que considerar y comprender la conformación híbrida o mixta que presentaría para estos efectos la SGR.

Lo anterior, dado que al no responder personalmente sus socios de las deudas sociales, se les deberá necesariamente considerar como una sociedad de base mutualista pero con responsabilidad limitada en lo que se refiere a las deudas sociales.

3.4.1 La verdadera participación social del caso español. Integración, variabilidad y división del capital social.¹¹²

La primera realidad que abordaremos, corresponde a los tres numerales del artículo séptimo de la LSGR española, denominado precisamente “*variabilidad del capital y participaciones sociales*”.

A mayor abundamiento, cabe precisar que la verdadera norma rectora en lo que se refiere tanto a la variabilidad del capital social,¹¹³ como asimismo a su división en participaciones sociales, se encuentra radicada en el primer numeral del citado artículo séptimo cuando dispone que: “El capital social, que se integrará por las aportaciones de los

¹¹² Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994.

¹¹³ Para Broseto Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando, la regulación del capital social de la SGR española, sigue: “Los mismos principios que rigen el capital social en las S.A pero existen igualmente notables especialidades. La primera y principal consiste en que el capital social, a diferencia de los sucede en una anónima es variable, esto es, que puede aumentarse o disminuirse por simple acuerdo del Consejo de Administración, sin necesidad de modificación estatutaria, entre una cifra mínima que se debe fijar en los estatutos (respetando el mínimo visto en el párrafo anterior) y el triple de dicha cantidad (art. 7). Fuero de los límites señalados la variación del capital requerirá la modificación de los estatutos. Esta configuración del capital social permite la continua incorporación de nuevos socios y la separación de los que desean abandonar la sociedad. No obstante, anualmente habrá de presentarse en el Registro Mercantil, simultáneamente con el depósito de cuenta, certificación del órgano de administración de la SGR en la que conste la cifra efectiva de capital social al cierre del ejercicio (art.252 RRM). La segunda especialidad consiste en que el capital social esta dividido en participaciones sociales de igual valor nominal, acumulables e indivisibles, que no tendrán la consideración de valores negociables ni podrán denominarse acciones (Art. 7.1). Es evidente el paralelismo – incluso en el tenor literal de las palabras empleadas – con las participaciones de la sociedad de responsabilidad limitada. La transmisión de las cuotas sociales se encuentra muy limitada por los requisitos exigidos en los arts. 25 y 26 de la ley 1/1994”. Broseto Pont Manuel y Martínez Sanz Fernando, “Manual de Derecho Mercantil” 12 Edición, Vol. I, Madrid, 2005. Ob.cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.”

De otro lado, los números 2 y 3 del referido artículo séptimo, son quienes se encargan de hacer realmente operativa la variabilidad del capital social- al disponer por una parte en su numeral segundo que: “Dentro de los límites establecidos para la variación del capital, y respetando los requisitos mínimos de solvencia, aquél podrá aumentar o disminuir sin necesidad de modificación estatutaria por acuerdo del Consejo de Administración, por la creación y atribución de nuevas participaciones sociales o mediante el reembolso y extinción de las existentes”.

Por otra parte, el numeral tercero agrega que: “La variación del capital fuera de los límites mencionados exigirá la modificación de la cifra mínima fijada en los estatutos, siguiendo para ello el procedimiento establecido en la presente Ley”.

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente las siguientes consideraciones;

- a. En virtud de lo establecido por el numero primero del artículo 7, resulta posible concluir que tres son los elementos que se deben analizar a la hora de tratar la temática del capital social de la SGR, a saber; integración del capital social, régimen de variabilidad del capital social, y finalmente la división del capital social.
- b. En primer lugar encontramos la integración del capital social, a saber; la suma de aportes efectuados por los socios de la SGR.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- c. De otra parte, visualizamos el régimen de variabilidad al cual se sujeta el capital social de la SGR. En el caso de la SGR española, la variabilidad fluctúa entre un mínimo que se establecerá en los estatutos sociales y el triple de dicha cantidad.
- d. De la misma forma, y tal como señalamos anteriormente, los numerales 2 y 3 del artículo séptimo de la LSGR española- nos entregan importantes elementos para poder hacer realmente operable al régimen de variabilidad del capital social de la SGR, al permitir que dentro de los límites establecidos para la variación del capital, y respetando los requisitos mínimos de solvencia- el capital social se pueda aumentar o en su caso disminuir, pero sin tener que contar con un acuerdo previo del Consejo de Administración que autorice una modificación estatutaria, ya sea por la creación o atribución de nuevas participaciones sociales, o bien por que resulte necesario un reembolso y/o extinción de las ya existentes.¹¹⁴
- e. Finalmente, encontramos la división del capital social. Tal como enunciamos en el epígrafe, estimamos que la forma en que el legislador español regula la forma en que se divide el capital social, da cuenta de la verdadera participación social que debe existir en una SGR. Ello, dado que la LSGR española se hace cargo de las necesarias diferencias que la SGR en tanto tipo social, debe necesariamente presentar en comparación a otros tipos sociales, y en especial al tipo social basado en un fuerte acento en el capital, es decir la sociedad anónima.
- f. Es por ello, que cobra pleno sentido la frase final dispuesta por el artículo séptimo cuando tras señalar que las participaciones sociales serán de igual valor nominal, acumulables e indivisibles, agrega claramente que *“no tendrán la consideración de valores negociables ni podrán denominarse acciones.”*

¹¹⁴ Cabe resaltar la importancia de esta medida, ya que de no existir- resultaría sumamente engorroso para la SGR el poder ajustar sus variaciones de capital, ya que siempre estaría requiriendo de un acuerdo del Consejo de Administración en tal sentido. En otras palabras, medidas de esta naturaleza le entregan un real dinamismo al capital social de la SGR en particular, y a todo el sistema de garantías recíprocas en su conjunto.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

g. A mayor abundamiento, estimamos que este punto es diametralmente importante para los efectos perseguidos con la presente investigación, ya que tal como veremos más adelante, pareciera ser que el legislador chileno precisamente olvidó estas necesarias y especiales consideraciones que debe toda SGR, al permitir y fomentar que toda la regulación en torno su respectiva participación social, se pudiese regular derechamente, de manera genérica, y sin excepciones- por su respectiva ley de sociedades anónimas.¹¹⁵

3.4.2 La participación social accionaria en el caso argentino.¹¹⁶

Un segundo referente, lo encontramos en la sección II de la LSGR argentina- denominada “*Del capital social, fondo de riesgo y beneficios*”, y más particularmente en su artículo 45 sobre el “capital social” de dicha SGR.

Para tales efectos, la norma dispone que: “El capital social de las sociedades de garantía recíproca (S.G.R.) estará integrado por los aportes de los socios y representado por acciones ordinarias nominativas de igual valor y número de votos”.

Una vez regulada la integración y división del capital, el inciso segundo del artículo 45 se encarga de establecer un mínimo para el capital y asimismo dispone el régimen concreto de variabilidad del capital social al señalar que: “El capital social mínimo será fijado por vía reglamentaria. El capital social podrá variar sin requerir modificación del estatuto, entre dicha cifra y un máximo que represente el quíntuplo de la misma.”

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente los siguientes comentarios;

¹¹⁵ Vid., infra. Páginas 191 y ss.

¹¹⁶ Ley núm. 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas,” promulgada el día 23 marzo 1995, Publicada en Boletín Oficial con fecha 28 de marzo de 1995.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- a. A grandes rasgos, la LSGR argentina sigue la misma línea de ideas que su par español, al distinguir entre integración, régimen de variabilidad, y división del capital social de la SGR.
- b. No obstante lo anterior, cabe reconocer la existencia de al menos dos marcadas e importantes diferencias entre una y otra realidad.
- c. La primera de ellas, se refiere a la división del capital social, ya que en el caso argentino la participación social se estructura sobre la base de acciones ordinarias nominativas de igual valor y número de votos, que a contrario de lo que ocurre en España- nada impide que ellas si puedan ser consideradas como valores negociables o que se les pueda dominar como acciones.¹¹⁷
- d. La segunda diferencia en cambio, se refiere al régimen de variabilidad del capital social- sin necesidad de modificación estatutaria- ya que si en el caso español, éste podía alcanzar un rango que iba entre el mínimo establecido en los estatutos sociales y el triple de dicha cantidad- por su parte en el caso argentino, el rango es bastante mayor, ya que considera un margen que va desde el mínimo establecido en los estatutos y un máximo que represente el quíntuplo de dicha cantidad.

3.4.3 Capital, variabilidad, y participaciones sociales en la República de El Salvador.¹¹⁸

En el caso de la República de El Salvador, el artículo onceavo de su LSGR, denominado “*Capital, Variabilidad y Participaciones Sociales*”, es quien nos orienta sobre

¹¹⁷ Es más, y tal como enunciábamos anteriormente, tanto la consideración como valor negociable como asimismo la denominación de acción que se le puede entregar a la participación social argentina, fue el referente directo que tuvo a la vista el legislador chileno al momento de efectuar su particular regulación.

¹¹⁸ Decreto Legislativo número 553, de fecha 20/09/2001. Publicado en el Diario Oficial número 199 de fecha 22/10/2001. Reformado por D.L. N° 821, del 19 de abril del 2002, publicado en el D. O. N° 89, Tomo 355, del 17 de mayo del 2002.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

el particular, al señalar 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. El valor de las participaciones sociales se determinará en los estatutos sociales de la Sociedad de Garantía”.

De otro lado, los incisos segundo y tercero del artículo décimo primero complementan la regulación, al disponer que: “Dentro de los límites establecidos para la variación del capital, y respetando los requisitos mínimos de solvencia, aquel podrá aumentar o disminuir por medio de nuevas participaciones sociales o mediante el reembolso y extinción de las existentes por acuerdo de la Junta General Extraordinaria”, y al agregar que: “La variación del capital fuera de los límites establecidos exigirá la modificación del monto mínimo fijado en los estatutos y esta variación debe ser al menos igual al capital pagado de la sociedad al efectuarse el aumento.”

A partir de lo expuesto precedentemente, resulta fácil apreciar la gran similitud que existe entre ésta regulación, y la LSGR española.

Es más, creemos que las diferencias que se puedan extraer entre una y otra legislación son netamente de forma, y no significan en definitiva una verdadera regulación propia sobre la materia.¹¹⁹

¹¹⁹ Como corolario, cabe traer a colación lo dispuesto por el inciso cuarto del artículo 11- ya que nos agrega un importante elemento en torno a la verdadera naturaleza de la participación social de la SGR, como lo es el hecho que: “Los Socios Protectores y los Socios Partícipes tendrán responsabilidad limitada.” Cabe recordar que dicha responsabilidad es por las deudas sociales de la SGR, y se genera precisamente a partir de la intrínseca limitación de responsabilidad que lleva envuelta la división del capital social en participaciones sociales de igual valor nominal, acumulables e indivisibles, que no tendrán la consideración de valores negociables ni podrán denominarse acciones.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.4.4 La realidad nicaragüense.¹²⁰

Siguiendo con el estudio de las legislaciones centro americanas, nos corresponde analizar lo que los artículos 16 y siguientes de la LSGR nicaragüense denominaron respectivamente como el “*capital y participaciones sociales*”, la “*actualización de capital social mínimo*” y la “*variación del capital*”- de la su SGR.

En primer término, encontramos los dos incisos del citado artículo 16 y sus denominados “*capital y participaciones sociales*”. En lo que se refiere propiamente al *capital* de la SGR, el inciso primero señala que: “El capital social de las SGR será variable e ilimitado, el cual no podrá ser inferior a cuatro millones doscientos cincuenta mil córdobas (C\$4,250,000.00), representados por Certificados de Participación, nominativos, indivisibles y transferibles por endoso, previa autorización de la Junta Directiva. El valor nominal de cada "Certificado de Participación" se determinará en el acta de constitución de la SGR”.

Por su parte, el inciso segundo apunta más bien al régimen de responsabilidad de la SGR nicaragüense, al disponer al efecto que: “Los Socios Protectores y los Socios Partícipes tendrán responsabilidad limitada hasta por el monto de los certificados de participación suscritos. La participación de los socios protectores no podrá exceder del cincuenta por ciento del capital social. La participación de cada socio partícipe no podrá superar el cinco por ciento del mismo”¹²¹

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente los siguientes comentarios;

¹²⁰ Ley del sistema de sociedades de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa. Ley Número 663, aprobada el 25 de Junio de 2008, publicada en La Gaceta N° 173 del 08 de Septiembre de 2008.

¹²¹ De otro lado, el artículo 17 de la LSGR nicaragüense, agrega una norma que más que referirse al capital social- apunta a la liquidez del mismo, al disponer una “obligación de aportar en efectivo al capital”, señalando al efecto que: “En el momento de la suscripción de participaciones sociales los socios deberán enterar en efectivo, no menos del cincuenta por ciento de las participaciones sociales que suscriban”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- a. En lo que guarda relación con la división del capital social de la SGR nicaragüense- dos son sus principales novedades. Por una parte, la consideración de ilimitado que se le concede al capital social, y por otra, la incorporación de sus denominados “*certificados de participación*”, en tanto forma en que se encuentra dividido su capital.

- b. Con respecto a estos últimos, si bien es cierto que valoramos el intento del legislador nicaragüense por tratar de diferenciar participación social y acción de la SGR, no podemos sin embargo dejar de reconocer que la redacción del inciso primero del artículo 16, no es del todo feliz. Lo anterior, a partir de la redacción contradictoria de la LSGR nicaragüense- acerca de cuál de los dos regímenes de transferencia se les debe aplicar a los “*certificados de participación*”, a saber; el de transferencia por endoso, o bien- el nominativo o intransferible.

- c. Como corolario, y en lo que dice relación con la integración del capital social, la LSGR nicaragüense agrega una limitación de general ocurrencia entre las otras legislaciones iberoamericanas, y que se refiere a la determinación de un límite máximo para la participación de tanto los socios protectores- cincuenta por ciento del capital social- como asimismo de cada socio partícipe- el cinco por ciento del capital social.

En segundo lugar, el artículo 19 se encarga de orientarnos en torno al régimen de variabilidad del capital social de la SGR nicaragüense, a partir de lo que denomina como “*variación de capital*”, y en virtud del cual: “La variación del capital no requerirá autorización judicial, bastará con la certificación notariada del Acta de la Asamblea General de Socios en que se acordó la variación del capital. Dicha Certificación deberá ser inscrita en el Registro Público correspondiente y se presentará al Órgano Regulador dentro de los cinco días siguientes junto con Certificación del Registrador de haber sido inscrita en

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

el Registro Público Mercantil. La disminución de capital no podrá ser menor al mínimo fijado en la ley”¹²²¹²³

3.4.5 El capital social guatemalteco.¹²⁴

Para cerrar el análisis comparado de este cuarto elemento diferenciador de la SGR iberoamericana, corresponde abocarnos al estudio de lo que los artículos 18 y 19 del Capítulo II de la LSGR guatemalteca- establecieron al regular respectivamente lo que denominaron como el “*capital social*” y el “*capital pagado mínimo inicial*” de su SGR.

En efecto, por una parte el artículo 18 regula la integración y división de su respectivo “*capital social*”, al señalar que: “El capital social de las sociedades de garantía recíproca estará dividido y representado por acciones, las cuales deberán ser comunes y nominativa, especificando si se trata de un socio participe o de un socio protector.”

Tal como puede apreciarse, el legislador guatemalteco asume una posición que se aleja de consideraciones especiales en torno a la participación social en la SGR, ya que entiende que el capital de la SGR se dividirá y representará sin más, por acciones comunes y nominativas.

¹²² Resulta curioso que el legislador nicaragüense, haya establecido que la variación del capital social no requerirá autorización judicial para ser modificado. Ello dado que lo esperable era haber dispuesto que la variación del capital social no requeriría de una modificación de los estatutos sociales, pero en ningún caso la existencia de una resolución judicial que en principio nada tendría que ver con un régimen de variabilidad para el capital social de una SGR.

¹²³ Finalmente, cabe recordar que el artículo 18 de la LSGR nicaragüense, incorpora una importante novedad en lo que se refiere a la “actualización de capital social mínimo”, al señalar al efecto que: “El Órgano Regulador actualizará el monto del capital social mínimo requerido por lo menos cada dos años, en caso de variaciones cambiarias del córdoba con respecto al dólar de los Estados Unidos de América, y deberá publicarlo en un diario de circulación nacional, sin perjuicio de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial. La SGR cuyo capital se encuentre por debajo del capital mínimo actualizado, deberá ajustarlo en un plazo no mayor a un año”.

¹²⁴ Iniciativa Número 4152. Ley del Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca. Actualmente en manos del Poder Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Lo anterior, no obsta a reconocer que para estos efectos- la LSGR guatemalteca sigue reconociendo la fundamental distinción, y necesaria existencia, entre socios partícipes y protectores.¹²⁵

De otro lado, y siguiendo la tendencia de los otros países iberoamericanos- el artículo 19 regula el mínimo, al disponer- en lo que denomina como “*capital pagado mínimo inicial*”, que: “El monto mínimo de capital pagado inicial de las sociedades de garantía recíproca que se constituyan, será de diez millones de quetzales. Dicho capital debe ser cubierto totalmente en efectivo”.

Finalmente, el inciso segundo del citado artículo 19- sigue la senda trazada por su par nicaragüense al disponer que: “El monto mínimo de capital pagado inicial será revisado por la Superintendencia de Bancos, por lo menos cada año, quien publicará en el Diario Oficial el nuevo monto de capital pagado inicial determinado. Dicha revisión se hará con base en el mecanismo que apruebe la Junta Monetaria, el cual podrá ser modificado por dicha Junta cuando lo estime conveniente.”

¹²⁵ Este reconocimiento es sumamente importante, si se considera que la LSGR guatemalteca es uno de los intentos legislativos más recientes y completos que se han llevado a cabo en Iberoamérica, en materia de sociedades de garantía recíproca. Por lo mismo- resulta más difícil de comprender las razones que tuvo en vista el legislador chileno a la hora de no reconocer esta básica dualidad entre socios partícipes y protectores.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.5 Fondo de provisiones técnicas¹²⁶ y régimen de reserva legal.¹²⁷

Una de las grandes novedades que introdujo la ley 1/1994, consistió en la desaparición del denominado fondo de garantía, que había sido establecido en el Real Decreto 1885/1978.

Recordemos que dicho fondo de garantía tenía por objeto el poder mejorar la solvencia de las SGR cuyo capital social se considerase insuficiente.¹²⁸

Efectivamente, y tal como señala la propia exposición de motivos de la ley 1/1994- al momento de la entrada en vigor de la reforma, el sistema de garantías recíprocas español en el período 1978-1994, alcanzó tal nivel de consolidación- que no se justificaba el tener que continuar con un fono de garantía externo que fuese administrado por la SGR.¹²⁹

¹²⁶ Para un detallado análisis del Fondo de Provisiones técnicas de la SGR española, recomendamos al lector ver, 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 a 171.

¹²⁷ A propósito del Fondo de Provisiones Técnicas y el Régimen de Reserva Legal de la SGR española, Broseto Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando, afirman que: “Junto al capital, en la SGR despliega una importancia extraordinaria el Fondo de provisiones técnicas, destinado a reforzar la solvencia de la sociedad (art. 9). El mismo forma parte del patrimonio SGR, y vendrá integrado, básicamente, por las dotaciones que la propia sociedad efectúe con cargo a su cuenta de pérdidas y ganancias, y las subvenciones, donaciones u otras aportaciones no reintegrables que efectúen las Administraciones Públicas, organismos autónomos y demás entidades de Derecho Público (Art. 9,a) y b). Junto a dicho Fondo, la SGR se haya obligada a constituir una reserva legal, detrayendo tal fin como mínimo un 50 por 100 de los beneficios de cada ejercicio, hasta que alcance una cifra del triple de la cifra mínima del capital, es decir, 5.409.918 euros (900 millones de pesetas) (Art. 52). El único destino que se puede dar a la reserva es de cubrir el saldo deudor que puede existir en la cuenta de pérdidas y ganancias”. Broseto Pont Manuel y Martínez Sanz Fernando, “Manual de Derecho Mercantil” 12 Edición, Vol. I, Madrid, 2005. Ob.cit.

¹²⁸ A propósito de tanto las modificaciones introducidas por la ley 1/1994, como asimismo del fondo de provisiones técnicas de la SGR española, el Dr. Pombo González, plantea que: “Se destacan también la modificación de los actuales fondos de garantías de gestión complicada, por los nuevos fondos de provisiones técnicas que tiene un destino claro, constituir una provisión técnica para fallidos de la sociedad y se nutre por una serie de aportaciones de carácter voluntario, como pueden ser los excedentes de explotación de la Sociedad, apoyos económicos de las respectivas Administraciones Públicas o aportaciones por parte de los socios. Todas las aportaciones al fondo de provisiones técnicas tendrán un carácter fiscalmente deducible, dado que las Sociedades no vienen repartiendo dividendos, no buscan el ánimo de lucro, sino dotar de solvencia a la Sociedad para aminorar los costos del aval, no encarecer el préstamo ni la financiación.” Pombo González Pablo, “Las Sociedades de Garantías Recíprocas: una experiencia de financiación de las pymes”, Página 296.

¹²⁹ En esa misma línea de ideas señala la exposición de motivos de la ley 1/1994 que: “Una vez consolidadas las sociedades de garantía recíproca, no es necesario mantener el fondo de garantía, que creaba extraordinarias

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

De la misma forma, y una vez justificada por parte de la exposición de motivos de la ley 1/1994- las razones por las cuales se hacia “conveniente suprimir el fondo de garantía”, comienza a detallar la solución respectiva de reemplazo.¹³⁰

Para ello, parte por reconocer la necesidad que le asiste a la SGR, en torno a poder incorporar el importe- o si se quiere decir en otras palabras, en orden a poder incorporar como recursos propios de la SGR- las respectivas aportaciones de los socios que a su vez conformaban el fondo de garantía. Lo anterior, para que de esta forma, ayudasen en la tarea de hacer frente a las obligaciones que la SGR iría asumiendo.

A propósito, estimamos que resulta interesante traer nuevamente a colación- los argumentos esgrimidos por la citada exposición de motivos de la ley 1/1994 cuando señala que: “Sin embargo, la supresión del fondo de garantía ha requerido establecer un mecanismo para que los organismos públicos puedan seguir haciendo contribuciones que

dificultades de gestión, dado que las Sociedades de Garantía Reciproca sólo tenían la administración del mismo, siendo los titulares del fondo los socios que hacían aportaciones a él.”

¹³⁰ Como señala Pedro José Bueso Guillén: “Hemos de tener presente, como acertadamente Oleo Banet pone de manifiesto, que la reforma de la SGR operada por LSGR se centra principalmente en el aspecto empresarial de la sociedad y se dirige a la consolidación de este instrumento societario dentro del sector financiero. Los “pretenden fortalecer la base financiera de la sociedad con el objeto de asegurar la aceptación por el mercado de la garantía que presta a favor de sus socios”. Una de las vías escogidas para ello es el reforzamiento de las posibilidades de autofinanciamiento de la SGR –entre ellas, el fondo de provisiones técnicas -. En este punto, la reforma legal ha sido radical, buscando una mayor solvencia y funcionalidad de la sociedad (véase Oleo Banet, págs. 415-416 y 428-429). La Exposición de Motivos de la LSGR, dice Bercovitz, Alberto (“La nueva Ley 1/1994.”, cit., pág. 29), señala el carácter del fondo de provisiones técnicas como “sustitutivo, en cierto modo” del fondo de garantía (véase párr. 24º de la Exposición de Motivos de la LSGR). Y es cierto que permite que las administraciones publicas “puedan seguir haciendo contribuciones” a las SGR, y de este modo, “mejorar la solvencia de unas sociedades cuyo capital social se consideraba insuficiente” (véase párr. 22 de la Exposición de Motivos de la LSGR). No obstante, en primer lugar, era ésta una función sobrevenida e incluso contradictoria con el carácter mutualista que impregnaba la concepción del fondo de garantía, y al que con la LSGR se ha renunciado completamente. Con acierto, Roncero Sánchez: (pág. 689) manifiesta que el fondo de provisiones técnicas, es básica y llanamente “el instrumento para canalizar los apoyos públicos a la financiación de las SGR”. En segundo lugar, y paradójicamente, el fondo del provisiones técnicas ha recogido el testigo del fondo de garantías para un cometido que, en el contexto del régimen legal vigente, parece quedar fuera de lugar o, cuando menos, estar destinado a tener un protagonismo residual. Y a ello se debe sumar el hecho de que tales “contribuciones” a las SGR pueden constituir ayudas públicas a empresas, con lo que quedarían sujetas a control tanto nacional (art. 19 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia [BOE 18-7]), como comunitario europeo (art. 87 y ss. del Tratado de la Comunidad Europea), en el ámbito de la defensa de la competencia.”. Bueso Guillén, Pedro José, “El Fondo de Provisiones Técnicas de la Sociedad de Garantía Reciproca”, Revista de Derecho de Sociedades, año 2000-2, número 15, Editorial Aranzadi, 2001, Navarra, Páginas 170 y 171.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

beneficien a los socios partícipes, sin pasar a formar parte del capital de la sociedad. Para permitir esa vía de financiación y apoyo a las sociedades de garantía recíproca, en beneficio de los pequeños y medianos empresarios, la Ley establece la constitución de un fondo de provisiones técnicas que tiene la misma finalidad que tenía el fondo de garantía, pero sin los inconvenientes de aquél, ya que el fondo de provisiones técnicas forma parte del patrimonio de las Sociedades de Garantía Reciproca.”¹³¹¹³²

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente las siguientes consideraciones;

- a. Tanto el original fondo de garantía español del año 1978, como asimismo el fondo de provisiones técnicas de 1994- apuntan al mismo objetivo último, a saber; el beneficio de los pequeños y medianos empresarios.
- b. Ahora bien, lo anterior no obsta a reconocer que el fondo de provisiones técnicas resuelve las desventajas que tenía el fondo de garantía- en tanto ahora si pasa a formar parte del patrimonio de la sociedad de garantía recíproca.
- c. Finalmente, cabe precisar la importancia que presenta para todo el sistema de garantía recíproca, la existencia de mecanismos efectivos que permitan a los organismos públicos poder hacer contribuciones que beneficien ya sea a los socios partícipes en particular, o bien a toda la SGR considerada en su conjunto. En dicho sentido, la creación del fondo de provisiones técnicas español, siempre tuvo como objetivo el continuar la senda trazada por el fondo de garantía.

¹³¹ Para cerrar su argumentación en torno a la supresión del fondo de garantía y su reemplazo por este fondo de provisiones técnicas, agrega la exposición de motivos una importante medida referente a que: “Se corresponde asimismo con la evolución y fortalecimiento experimentados por las Sociedades de Garantía Reciproca las nuevas exigencias de que el capital mínimo sea de 300 millones de pesetas y que el número mínimo de socios fundadores partícipes sea de 150.”

¹³² Para una mayor comprensión de esta materia, recomendamos al lector ver, De la Fuente Cabrero, Concepción; “Sociedades de garantía recíproca: entidades financieras en el sistema financiero Español”, Villaviciosa de Odón, Madrid, 2002.Ob.cit.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Otra de las grandes novedades que introdujo la ley 1/1994- íntimamente relacionada con la creación del fondo de provisiones técnicas, consistió en la obligación que se le impuso a la SGR en orden a tener que destinar un porcentaje de sus beneficios hasta constituir una reserva legal de disponibilidad limitada, que alcanzaría un valor igual al triple de la cifra mínima del capital social, cuando existiese un déficit de recursos propios superior al 20 por ciento.

En resumen, y tal como veremos a continuación, cuando analicemos de manera detallada las distintas legislaciones iberoamericanas, tanto con la creación del fondo de provisiones técnicas como asimismo con el establecimiento de un régimen de reserva legal, la reforma introducida por la ley 1/1994- pavimentó el camino para que el resto de las legislaciones iberoamericanas consideraran dentro de sus respectivas regulaciones locales, a estas dos importantes medidas que en definitiva no hacen otra cosa que reforzar la solvencia de sus correspondientes SGR

3.5.1 El fondo de provisiones técnicas y la reserva legal española.¹³³

Tal como se anunciara precedentemente, el legislador español de la ley 1/1994, reguló de manera separada tanto lo que se refiere al fondo de provisiones técnicas y como por otro, a la denominada reserva legal de la SGR.

Con respecto al fondo de provisiones técnicas, la primera parte del artículo noveno de la LSGR, denominado precisamente “*fondo de provisiones técnicas*”, es quien regula esta materia al señalar que: “La sociedad de garantía recíproca deberá constituir un fondo de provisiones técnicas, que formará parte de su patrimonio, y tendrá como finalidad

¹³³ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

reforzar la solvencia de la sociedad. Su cuantía mínima y funcionamiento se determinará reglamentariamente.”¹³⁴

De otro lado, tratándose de la regulación normativa de la reserva legal, ella se encuentra contenida en el artículo 52 del capítulo sexto de la LSGR española, bajo lo que su legislador llama sencillamente como “*reserva legal*”. A ello cabe agregar su necesario complemento- en el artículo 53, en torno a lo que denomina la ley 1/1994 como “*limitaciones al reparto de beneficios.*”

Con respecto a la “*reserva legal*” del artículo 52, la LSGR española dispone que: “La sociedad de garantía recíproca detraerá, como mínimo, un 50 por 100 de los beneficios que obtenga en cada ejercicio, una vez deducido el Impuesto sobre Sociedades, hasta constituir un fondo de reserva legal que alcance un valor igual al triple de la cifra mínima del capital social. De esta reserva sólo podrá disponer para cubrir, en su caso, el saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias y deberá reponerlo cuando descienda del indicado nivel”

A partir de lo dispuesto por el artículo 52, cabe efectuar las siguientes precisiones;

¹³⁴ Cabe precisar que esta primera parte del artículo noveno no hace más que recordar el trascendental cambio que tal como señalamos anteriormente- introduce la ley 1/1994, al disponer que el fondo de provisiones técnicas no será más meramente administrado por la SGR, sino que pasará a formar parte de su patrimonio social, precisamente para reforzar su propia solvencia. Ahora bien, en lo que si existe un mayor desarrollo- es en lo referente a la integración del fondo de provisiones técnicas, a partir de lo dispuesto al efecto por el inciso segundo del citado artículo noveno, cuando señala tres grandes alternativas para su integración. a) La primera alternativa de integración que señala el artículo noveno, se refiere a las: “Dotaciones que la sociedad de garantía recíproca efectúe con cargo a su cuenta de pérdidas y ganancias sin limitación y en concepto de provisión de insolvencias”. b) En segundo lugar, se agregan: “Las subvenciones, donaciones u otras aportaciones no reintegrables que efectúen las Administraciones públicas, los organismos autónomos y demás entidades de derecho público, dependientes de las mismas, las sociedades mercantiles en cuyo capital participe mayoritariamente cualesquiera de las anteriores y las entidades que representen o asocien intereses económicos de carácter general o del ámbito sectorial a que se refieran los estatutos sociales.” c) Finalmente, el legislador nos otorga una alternativa amplia de integración, conformada por: “Cualesquiera otras aportaciones que reglamentariamente se determinen.” Al respecto, cabe precisar que a partir del hecho que con la reforma, el fondo de provisiones técnicas, pasó a formar parte del patrimonio de la SGR, estas tres alternativas de integración- presentan todo asidero, ya que independientemente de la fuente de donde provengan, interno con cargo a su cuentas o bien externo por aporte de organismos públicos o privados, su destino será siempre social y en beneficio directo de la SGR.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- a) La reserva legal es junto al fondo de provienes técnicas, la otra gran medida que dispuso la ley 1/1994, para resguardar la solvencia de la SGR.
- b) Ahora bien, lo anterior no obsta a reconocer que si bien es cierto que ambas medidas apuntan al mismo fin, a saber; el reforzamiento de la solvencia de la SGR- en uno y otro caso el modo de actuación es diferente.
- c) En efecto, si mientras con el fondo de provisiones técnicas del artículo noveno, el resguardo de la solvencia vino de la mano de su incorporación en el patrimonio de la SGR- independientemente de donde proviniese su integración- en el caso de la reserva legal en cambio, el reforzamiento de la solvencia de la SGR se obtiene a partir de una regulación legal que limita la cantidad de recursos con que la SGR puede disponer libremente.
- d) Dicha limitación más que ser un obstáculo, se constituye por el contrario en un buen aliado para el correcto desarrollo de su objeto social, en tanto dota a la SGR de los recursos financieros necesarios para efectuar precisamente su labor de afianzamiento en beneficio de la MiPyme.
- e) Finalmente, cabe reconocer que la reserva legal española se constituyó con el tiempo, en un importante referente de medida de resguardo solvente para una serie de otras realidades iberoamericanas, independientemente si hayan o no seguido el ejemplo español de un mínimo ascendente al cincuenta por ciento de los beneficios que obtenga en cada ejercicio.¹³⁵

¹³⁵ Por otra parte, el artículo 53 de la LSGR española- y en base a tres reglas precisas, recoge algunas “*limitaciones al reparto de beneficios*”, las cuales en todo caso, se encuentran íntimamente relacionadas y complementan la reserva legal de su artículo 52. La primera de dichas reglas establece que: “Una vez hecha la detracción mencionada en el artículo anterior, y de acuerdo con lo que dispongan los estatutos, se podrán distribuir beneficios a los socios en proporción al capital que hayan desembolsado”. En virtud de la segunda regla en cambio: “En la medida que lo permitan los excedentes existentes y las reservas de libre disposición, podrá atribuirse a los socios un beneficio equivalente, como máximo, al interés legal más dos puntos. No

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.5.2 Reserva legal y distribución de beneficios en la LSGR argentina.¹³⁶

Otra importante realidad normativa, se refiere a lo que el artículo 53 de la LSGR argentina- entendió como la “*distribución de los beneficios*” de la SGR al señalar que: “Serán considerados beneficios a distribuir las utilidades líquidas y realizadas obtenidas por la sociedad en el desarrollo de la actividad que hace a su objeto social”, y posteriormente al agregar que: “Dichos beneficios serán distribuidos de la siguiente forma: 1. A reserva legal: Cinco por ciento (5 %) anual hasta completar el veinte por ciento (20 %) del capital social. 2. El resto tendrá el siguiente tratamiento. La parte correspondiente a los socios protectores podrá ser abonada en efectivo, como retribución al capital aportado. La parte correspondiente a los socios partícipes se destinará al fondo de riesgo en un cincuenta por ciento (50 %), pudiendo repartirse el resto entre la totalidad de dichos socios. En todos los casos en que proceda la distribución de los beneficios en efectivo a que se refiere este artículo, tanto los socios protectores como los socios partícipes deberán, para tener derecho a percibirlo, haber integrado la totalidad del capital social suscrito y no encontrarse por ningún motivo, en mora con la sociedad.”

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente los siguientes comentarios;

- a. En el caso de la SGR argentina, las medidas para reforzar la solvencia de su SGR, se encuentran enmarcadas dentro de un tema más amplio, como lo es la distribución de beneficios- o en otras palabras, el reparto entre sus socios partícipes y/o protectores de las respectivas utilidades líquidas que la SGR hubiese obtenido en el desarrollo de su objeto social.

obstante, a fin de reforzar la solvencia de la sociedad no podrán distribuirse beneficios entre los socios hasta que la suma de la reserva legal y las reservas de libre disposición no alcancen un valor igual al doble de la cifra mínima de capital social. La tercera y última regla sostiene que: “Los beneficios sobrantes de las operaciones anteriores deberán destinarse a la dotación de reservas de libre disposición.”

¹³⁶ Ley núm. 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas,” promulgada el día 23 marzo 1995, Publicada en Boletín Oficial con fecha 28 de marzo de 1995. Ob.cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- b. Particularmente en lo que se refiere a la reserva legal, cabe apreciar que su rango entre un cinco por ciento anual hasta completar un veinte por ciento del capital social, sirvió de claro referente para el denominado “*fondo de reserva patrimonial*” del caso chileno.¹³⁷

3.5.3 La influencia española en el fondo de provisiones técnicas y en la reserva legal salvadoreña.¹³⁸

Tal como lo hemos enunciado desde los inicios de la presente investigación, la reforma española introducida por la ley 1/1994, ha influido de manera más o menos directa, en las otras legislaciones iberoamericanas que se fueron dictando con posterioridad.

En el caso de la República de El Salvador, y más particularmente- con relación a al forma en que su respectivo legislador trató de manera general las medidas para reforzar la solvencia de su SGR, y en concreto, tanto su fondo de provisiones técnicas como su reserva legal- la semejanza entre una y otra realidad es sorprendente.

Primeramente con respecto al “*fondo de provisiones técnicas*”, la LSGR salvadoreña continua con la huella trazada por su par español, disponiendo al efecto en su artículo 29 que: “Toda Sociedad de Garantía deberá constituir un Fondo de Provisiones Técnicas, que formarán parte de su patrimonio y tendrá como finalidad reforzar la solvencia de la sociedad”

Como puede apreciarse, el legislador salvadoreño parte por recoger dos importantes elementos que a su vez- ya poseía su par español, como lo son tanto el hecho que el fondo

¹³⁷ Tal como veremos más adelante, el artículo 7 del Título II de la Ley 20.179- denominado “De la Inversión de los Recursos y de los Fondos”, establece 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”. Vid. *Infra*. 242.

¹³⁸ Decreto Legislativo número 553, de fecha 20/09/2001. Publicado en el Diario Oficial número 199 de fecha 22/10/2001. Reformado por D.L. N° 821, del 19 de abril del 2002, publicado en el D. O. N° 89, Tomo 355, del 17 de mayo del 2002. *Ob.cit.*

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

de provisiones técnicas forme parte de su patrimonio social, como asimismo que éste tenga por principal finalidad, el reforzar la solvencia de la SGR.¹³⁹

No obstante lo señalado anteriormente, cabe reconocer que en cuanto a la cuantía mínima y funcionamiento del fondo de provisiones técnicas, el legislador salvadoreño prefirió seguir su propio camino.

Ello dado que su cuantía mínima, equivalente al 1 % de la cartera de riesgo vigente, deberá revisarse y ajustarse por la Superintendencia de conformidad con las normas técnicas que ésta emita, y no queda por tanto, simplemente sujeto a la determinación que pueda dársele vía reglamentaria.

Por otra parte, en lo que se refiere a la “*reserva legal*” del artículo 30 de su LSGR, el legislador salvadoreño no incorpora mayores novedades con respecto a la ley 1/1994- al señalar que: “La Sociedad de Garantía reservará, como mínimo, un 50 % de las utilidades que obtenga en cada ejercicio, después de impuestos, hasta constituir un fondo de reserva legal que alcance un valor igual al triple del monto mínimo del capital social. En ningún momento las Sociedades de Garantía podrán capitalizar la reserva legal. De este fondo de reserva solo podrá disponer para cubrir pérdidas según lo establece el artículo 57 de la presente Ley.”¹⁴⁰

¹³⁹ De la misma forma, continúa con la tendencia ibérica en lo que se refiere a la integración del fondo de provisiones técnicas, la señalar que éste podrá ser integrado por: “a) El monto que la Sociedad de Garantía destine de las utilidades netas de cada ejercicio, sin limitaciones y en concepto de provisiones de insolvencias; La Superintendencia dictará las normas técnicas correspondientes para el cálculo de las provisiones del Fondo que estén respaldando riesgos de operaciones realizadas por la Sociedad de Garantías; b) Las subvenciones, donaciones u otras aportaciones no reintegrables que a la Sociedad de Garantía se le hicieren; y c) Cualesquiera otras aportaciones que los reglamentos o los estatutos determinen”

¹⁴⁰ Al igual que en el caso de la legislación española, la LSGR salvadoreña también cierra la regulación de la reserva legal, estableciendo en su artículo 31 algunas “*limitaciones al reparto de utilidades*”, y al disponer que: “Una vez constituidas las reservas respectivas de acuerdo con lo que dispongan los estatutos, y por acuerdo de Junta General se podrán distribuir utilidades a los socios en proporción al capital que hayan aportado”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.5.4 El reciente caso guatemalteco.¹⁴¹

En cuarto y último término, abordaremos lo que la reciente legislación guatemalteca ha dispuesto en torno al reforzamiento de la solvencia de su SGR.

Para ello, nos corresponde tratar la forma en que los artículos 49 y 50 de la LSGR guatemalteca, regularon respectivamente tanto a su “*fondo de provisiones técnicas*” como a su respectivo régimen de “*reserva legal*”.

Al respecto, estimamos que uno de los aspectos más rescatables de esta regulación, es que al ser de reciente data, viene a reafirmar la existencia de una verdadera tendencia legislativa iberoamericana, en orden a la obligación de tener que considerar en cada una de las distintas legislaciones en particular, la existencia y diferenciación entre un fondo de provisiones técnicas- que forme parte del patrimonio social- y un monto mínimo de reserva legal sobre las utilidades de cada ejercicio- todo ello, en tanto medidas indispensables para el reforzamiento de la solvencia de la SGR .

De ahí que no nos sorprenden los términos que utiliza el artículo 49 de la LSGR guatemalteca, cuando regula a su correspondiente fondo de provisiones técnicas- y señala al efecto que: “Toda sociedad de garantía recíproca deberá constituir y mantener permanentemente un fondo de provisiones técnicas, el cual formará parte de su patrimonio y tendrá como finalidad la cobertura de los riesgos reglamentarios contraídos por la sociedad de garantía recíproca”¹⁴²

¹⁴¹ Iniciativa Número 4152. Ley del Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca. Actualmente en manos del Poder Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

¹⁴² Lo mismo ocurre con la integración del fondo, cuando el citado artículo 49 agrega que: “Dicho fondo podrá constituirse con; a) El monto que la sociedad destine de las utilidades de cada ejercicio. b) Las subvenciones, donaciones u otras aportaciones no reintegrables que a la sociedad de garantía recíproca le hicieren; c) Cualesquiera otras aportaciones que esta Ley, sus reglamentos o la escritura social lo determinen.”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Finalmente, en lo que guarda relación con la reserva legal de la SGR guatemalteca, el artículo 50 de su LSGR no sólo rebaja desde un cincuenta a un veintiocho por ciento el mínimo de su respectiva reserva legal por sobre las utilidades netas que obtengan en cada ejercicio, sino que asimismo agrega que cuando ésta reserva exceda del monto mínimo del capital pagado, dicho excedente pasará a formar parte del fondo de provisiones técnicas.

3.6. Régimen de Reafianzamiento. ¿Societario o bien vía fondo de garantía?

Uno de los problemas más graves a los cuales se puede ver expuesta la SGR, consiste en no llegar a contar con las garantías suficientes para hacer frente a los riesgos y afianzamientos que a su vez, ésta constituyó a favor de sus respectivos asociados, en el ejercicio ordinario de su objeto social.

En otras palabras, para que el sistema de garantías recíprocas funcione correctamente, no sólo se les debe asegurar a las respectivas MiPymes asociadas que sus obligaciones podrán ser afianzadas frente a terceros acreedores, sino que asimismo se requiere garantizar que las respectivas garantías que se entregan, cuenta a su vez, con el respaldo y solvencia suficientes.

De ahí, surge precisamente la necesidad de tener que establecer un régimen de reafianzamiento, para el sistema de garantías recíprocas.

Tal como lo señala la exposición de motivos de la ley 1/1994, dicho régimen de reafianzamiento, tiene por objeto ofrecer “una cobertura y garantía suficientes a los riesgos contraídos por la SGR, y poder reducir el costo del aval para sus socios.”¹⁴³

¹⁴³ V., Gutiérrez Viguera, Manuel; “El reafianzamiento de las Sociedades de Garantía Recíproca”; Revista de Derecho Bancario y Bursátil, número 10, año III, abril –junio 1983, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Ahora bien- y tal como veremos a continuación, cabe precisar que las distintas legislaciones iberoamericanas, no han abordado de manera uniforme sus respectivos regímenes de reafianzamiento.

Lo anterior, atendido que existen al menos tres grandes alternativas para poder afrontar el régimen de reafianzamiento para una SGR.¹⁴⁴

La primera alternativa- que es la que por ejemplo adoptó la ley española 1/1994- consiste en optar por la vía privada a través de la constitución sociedades anónimas de reafianzamiento, las cuales no obstante lo anterior, son constituidas con aportes de los organismos públicos.¹⁴⁵

Un segundo camino en cambio, se refiere al aporte de organismos públicos para la constitución de un fondo de garantía, de un fondo de desarrollo, o bien de un fideicomiso.

¹⁴⁴ A propósito del régimen de reafianzamiento de la SGR española, Broseto Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando; entienden que: “La implicación del estado en la concesión de “reavales” a las operaciones de garantías previamente efectuadas por las SGR ha constituido siempre una “pieza de cierre” fundamental en el sistema de sociedades de garantía recíproca, ya que sin dicha garantía del Estado sería casi imposible conseguir el reconocimiento y financiación de las entidades encargadas de ello. A este fin el Estado constituyó la habitualmente denominada “sociedad del segundo aval”. Por su parte, la Disposición Derogatoria única del Ley 1/1994 derogó la normativa base que se venía conociendo como segundo aval. En su lugar, el art. 11 de la Ley 1/1994 establece la creación de sociedades anónimas “de reafianzamiento”, participada por la Administración pública, que, con la finalidad de ofrecer cobertura y garantía suficientes a los riesgos contraídos por las SGR y de disminuir el coste del aval para los socios, tienen por objeto reavaluar las operaciones de garantía otorgadas por las SGR. No obstante, queda expresamente prohibido que las sociedades de reafianzamiento concedan avales u otras garantías directamente a favor de las empresas socias de una SGR. Igual que las SGR las sociedades de reafianzamiento son “entidades financieras” (art. 11). En desarrollo de la norma legal se dictó el R.D. 1.644/1997, de 31 de octubre que regula estas sociedades de reafianzamiento”. Broseto Pont Manuel y Martínez Sanz Fernando, “Manual de Derecho Mercantil” 12 Edición, Vol. I, Madrid, 2005. Ob.cit.

¹⁴⁵ Es más, cabe recordar que uno de los grandes inconvenientes que vino a solucionar la ley 1/1994- era precisamente el antiguo régimen de reafianzamiento a las cuales se encontraban sometidas las SGR españolas desde su creación en 1978. De ahí que la exposición de motivos de la ley 1/1994 reconozca expresamente que: “El texto de la ley prevé también un sistema de reafianzamiento de las Sociedades de Garantía Recíproca, dictando sus normas básicas. Un sistema de reafianzamiento singular existe en otros ordenamientos que disponen de sociedades equiparables a las Sociedades de Garantía Reciproca. Característica común es la participación fundamental de la Administración pública en este sistema de apoyo”.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

La tercera y última alternativa, consiste en asumir una opción mixta o compuesta, y en virtud de la cual se combinan elementos de las dos alternativas anteriores.

3.6.1 Las sociedades de reafianzamiento españolas.¹⁴⁶

En su papel de natural referente para el resto de Iberoamérica, la primera realidad que abordaremos corresponde a lo dispuesto por el artículo 11 de la citada LSGR española de 1994, denominado simplemente como “*sociedades de reafianzamiento*”.¹⁴⁷

Dicho artículo, se encuentra estructurado a su vez en dos numerales diferentes.

En el primer numeral, el artículo 11 repitiendo en gran parte todo lo dicho por la exposición de motivos de la ley 1/1994- parte por reconocer que: “Con el fin de ofrecer una cobertura y garantía suficientes a los riesgos contraídos por las sociedades de garantía recíproca y facilitar la disminución del coste del aval para sus socios, podrán constituirse sociedades de reafianzamiento”.

De la misma forma, el numeral primero agrega dos elementos de trascendental importancia para las sociedades de reafianzamiento.

El primero de ellos se refiere a la determinación de su respectivo objeto social, el cual comprenderá: “El reaval de las operaciones de garantía otorgadas por las Sociedades de Garantía Recíproca reguladas en la presente Ley”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994. Ob.cit.

¹⁴⁷ Para una mayor comprensión de esta temática, recomendamos al lector ver, Largo Gil, Rita; Hernández Sainz, Esther; “Las sociedades de reafianzamiento”; Revista de Derecho de Sociedades, Editorial Aranzadi, año 1999-2, número 13, Páginas 61 a 95, Navarra, 2000.

¹⁴⁸ Tal como puede apreciarse, este primer elemento deja en claro que si bien es cierto que las sociedades anónimas de reafianzamiento y las sociedades de garantías recíprocas- se encuentran íntimamente relacionadas entre sí, ello no les quita su consideración de entes jurídicos distintos. En otras palabras, si para cumplir con su objeto social la SGR debe reafianzar las obligaciones asumidas por sus respectivos socios partícipes, en el caso de las sociedades anónimas de reafianzamiento- dicho objetivo se cumplirá reafianzando a su vez a la propia SGR.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Un segundo elemento que nos entrega el numeral primero del citado artículo undécimo, apunta tanto a la forma o ropaje jurídico que adoptarán éstas sociedades de reafianzamiento- al señalar al efecto que ellas revestirán la forma de sociedades anónimas participadas por la administración pública- como asimismo al verdadero papel que les corresponderá cumplir en el sistema financiero- y para lo cual la ley 1/1994 al igual que en las SGR, también les entrega la consideración de entidades financieras.¹⁴⁹

Por su parte, el numeral segundo del artículo 11 de la LSGR española, establece una prohibición que alcanza a las sociedades de reafianzamiento- al señalar que: “Éstas no podrán otorgar avales ni otras garantías directamente a favor de las empresas”.

Al respecto, estimamos que esta prohibición- resulta del todo lógica, ya que de otra forma se confundirían los roles que respectivamente les corresponden cumplir a la SGR y las Sociedades Anónimas de Reafianzamiento.

A mayor abundamiento, si las sociedades anónimas de reafianzamiento llegasen a otorgar avales o garantías directamente a favor de las empresas – socias partícipes, no tendrían sentido ni se justificaría la existencia de la SGR.

3.6.2 El fondo de riesgo argentino. ¿Una alternativa de reafianzamiento para la SGR?¹⁵⁰

Tal como enunciamos en el encabezado, una segunda alternativa para poder afrontar el régimen de reafianzamiento, consiste en la constitución de un fondo de garantía que forme parte del patrimonio de la SGR, o bien de un fondo de desarrollo, o en su caso de un fideicomiso con aportes de la administración pública.

¹⁴⁹ En el punto 3.9 del presente capítulo- analizaremos cuales son los efectos que se derivan para la SGR, al ser considerada- para efectos legales, como entidad financiera. Vid. Infra. Pág. 155.

¹⁵⁰ Ley núm. 24.467. “Régimen para pequeñas y medianas empresas,” promulgada el día 23 marzo 1995, Publicada en Boletín Oficial con fecha 28 de marzo de 1995.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Lo interesante de todo esto, es que independientemente de que se trate de un fondo de garantía, de un fondo de desarrollo, o de un fideicomiso- en todos los casos- nos encontraremos frente a recursos que en la mayoría de los supuestos, provienen de organismos públicos y que persiguen el mismo fin, a saber; propiciar el desarrollo de sus respectivas garantías recíprocas.¹⁵¹

En el ejemplo concreto de la LSGR argentina, el artículo 46 denominado “*fondo de riesgo*”, es quien nos orienta al respecto- al señalar en su inciso primero que: “La sociedad de garantía recíproca deberá constituir un fondo de riesgo que integrará su patrimonio”.

De otra parte, el inciso segundo del artículo 46 se refiere a la integración del referido fondo de riesgo, al disponer que: “Dicho fondo de riesgo estará constituido por: 1. Las asignaciones de los resultados de la sociedad aprobados por la asamblea general. 2. Las donaciones, subvenciones u otras aportaciones que recibiere. 3. Los recuperos de las sumas que hubiese pagado la sociedad en el cumplimiento del contrato de garantía asumido a favor de sus socios. 4. El valor de las acciones no reembolsadas a los socios excluidos. 5. El rendimiento financiero que provenga de la inversión del propio fondo en las colocaciones en que fuera constituido. 6. El aporte de los socios protectores”

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente los siguientes alcances;

- a. En nuestra opinión, los términos con los cuales el legislador argentino se refiere al reafianzamiento de su sistema de garantía recíproca- no resultan del todo claros. Lo anterior, a partir de no sólo los términos expuestos, sino que asimismo de todo lo que analizamos anteriormente en el punto 3.5.2 del presente

¹⁵¹ Tal como se analizará oportunamente, el legislador chileno de la ley 20.179- no escapó de esta necesidad, y estableció en sus artículos 33 y 34, tanto la creación de nuevos fondos de garantías como asimismo la participación del antiguo FOGAPE (Fondo de Garantía del Pequeño Empresario), establecido mediante el decreto ley N° 3.472 de 1980. Vid. Infra. 250 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

capítulo, con la denominada “*distribución de los beneficios*” establecida en el artículo 53 de la LSGR argentina.¹⁵²

- b. A mayor abundamiento, creemos que a partir de la nomenclatura que utiliza el legislador argentino, se podría inducir a una clara confusión conceptual entre lo que podría considerarse por una parte, como el fondo de provisiones técnicas y por otra, el fondo de garantía argentino.
- c. En otras palabras, estimamos que a partir de lo expuesto- queda de manifiesto - que en estricto rigor- el denominado “*fondo de riesgo*” argentino podría ser considerado tanto como un fondo de provisiones técnicas, a saber, como medida de reforzamiento de solvencia de la SGR- independiente de su patrimonio social- o bien, por otro lado, como un fondo de garantía encargado del reafianzamiento de su sistema de garantías recíprocas.
- d. De lo que si existe certeza, es que desde la entrada en vigencia de la LSGR argentina- en marzo del año 1995, el denominado “*fondo de riesgo*” no ha alcanzado el grado de utilización que originalmente se esperaba éste tuviese.
- e. De ahí que el día miércoles 24 de febrero de 2010, se publicó en el Boletín Oficial número 31.850, la disposición número 128/2010, de la Subsecretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Regional del Ministerio de Industria y Turismo, para que entre otras materias se pudiera: “Estimular una mayor productividad en la utilización del fondo de riesgo, de manera tal que el

¹⁵² De hecho, basta recordar que el numeral segundo del artículo 53, entiende que el resto de los beneficios, es decir todo aquello que no se destina a la reserva legal del número uno, equivalente al cinco por ciento anual hasta completar el veinte por ciento del capital social- será distribuido de manera tal que: “La parte correspondiente a los socios partícipes se destinará al fondo de riesgo en un cincuenta por ciento, pudiendo repartirse el resto entre la totalidad de dichos socios.”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

costo fiscal sea compensado con una proporción más elevada de garantías pero
manteniendo la solidez del sistema”¹⁵³¹⁵⁴

3.6.3 La solución mixta en la legislación salvadoreña.¹⁵⁵

El régimen de reafianzamiento adoptado en el caso de la República de El Salvador, responde a una fórmula compuesta y/o mixta.

Lo anterior, atendido que considera tanto la creación de un fideicomiso para el desarrollo de la MiPymes- con recursos provenientes de organismos públicos- como asimismo la co-existencia de sociedades anónimas de reafianzamiento.

¹⁵³ Disposición 128/2010, Subsecretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Regional, Publicada en el Boletín Oficial número 31.850 de fecha 24/02/2010. Ob.cit.

¹⁵⁴ A mayor abundamiento, estimamos que para estos efectos, resulta necesario traer a colación parte de la Sección V de la disposición 128/2010, denominada “Fondo de Riesgo”. En particular, el artículo 24 denominado “integración”, y el cual comienza por disponer una nueva versión del inciso segundo del artículo 46 de la LSGR argentina, al señalar que : “El Fondo de Riesgo de la Sociedad de Garantía Recíproca, cuyo destino es la cobertura de las garantías que se otorguen a los Socios Partícipes, se integra con: 1.El aporte de los Socios Protectores, 2. Las asignaciones de los resultados de la Sociedad aprobados por la Asamblea, 3.Las donaciones subvenciones u otros aportes que recibiere, 4. El recupero de sumas que hubiese pagado la Sociedad en el cumplimiento de los Contratos de Garantía Recíproca suscriptos en favor de sus Socios, 5. El valor de las acciones no reembolsadas a los Socios excluidos o que sufrieron la caducidad de sus derechos, 6. El rendimiento financiero que provenga de la inversión del propio fondo en las colocaciones en que fuera constituido, y 7. Los ingresos netos por primas de emisión”. De otro lado, la norma nos entrega nuevos elementos en torno a la regulación a la cual quedan sometidos los distintos aportes al fono de riesgo, al señalar que: “Los aportes al Fondo de Riesgo pueden ser en dinero de curso legal, moneda extranjera, títulos valores con cotización bursátil o bienes de cualquier especie respetando el régimen de liquidez y solvencia establecido normativamente. Los aportes no dinerarios seguirán para su valuación, el régimen expuesto en el Artículo 53 de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones. El Fondo de Riesgo, cualquiera sea la forma de instrumentación, es susceptible de padecer pérdidas por incobrabilidad de los desembolsos originados en las garantías otorgadas y por las inversiones financieras que se realicen con sus recursos. Por lo tanto todos los aportes a dicho Fondo, constituyen inversiones de riesgo.” Finalmente, el artículo 24 de la de la disposición 128/2010, nos viene a confirmar lo esbozado a partir de la interpretación irrestricta del tenor de los artículos 46 y 53 de la LSGR argentina, al señalar que: “El Fondo de Riesgo podrá adoptar la forma jurídica de un fideicomiso ordinario en el cual la Sociedad sea el fiduciario. Adicionalmente al Fondo de Riesgo, la Sociedad podrá constituir fideicomisos ordinarios en los cuales actúe como fiduciario, que reciban como aportes bienes con afectación específica a las garantías especiales que los aportantes determinen”.

¹⁵⁵ Decreto Legislativo número 553, de fecha 20/09/2001. Publicado en el Diario Oficial número 199 de fecha 22/10/2001. Reformado por D.L. N° 821, del 19 de abril del 2002, publicado en el D. O. N° 89, Tomo 355, del 17 de mayo del 2002. Ob.cit.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

En lo que se refiere al fideicomiso para el desarrollo de la Mipyme- éste se encuentra regulado en el Capítulo V de la LSGR salvadoreña- denominado “*Fideicomiso para el desarrollo del sistema de garantías recíprocas*”- y más específicamente en lo que disponen los “*objetivos*” de su artículo 69.

Para tales efectos, señala el legislador salvadoreño en el citado artículo 69 que: “Se crea, el Fideicomiso para el Desarrollo del Sistema de Garantía Recíproca o Fideicomiso, siendo el fideicomisante el Gobierno de El Salvador a través del Ministerio de Hacienda, el fiduciario el BMI y como fideicomisarios la micro, pequeña y mediana empresas rurales y urbanas a través de las Sociedades de Garantía, la Reafianzadora y el Gobierno de El Salvador. El fideicomitente y el fiduciario establecerán las condiciones mediante las cuales se regirá el presente fideicomiso vigilando que no contraríen la presente Ley. El Fideicomiso antes mencionado tendrá como objetivo propiciar el desarrollo del Sistema de Garantía Recíproca en El Salvador, realizando principalmente las siguientes actividades: a) Promover la creación de Sociedades de Garantía; b) Participar como inversionista en el patrimonio de las Sociedades de Garantía y la Reafianzadora; y c) Propiciar el desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa rural y urbana.”

De otro lado- el Capítulo VI de la LSGR salvadoreña, reconoce en sus artículos 77 y siguientes; la naturaleza, finalidad, funciones, denominación y finalmente los objetivos de lo que denomina como sus “sociedades reafianzadoras”.

En efecto, el artículo 77 comienza por reconocer la naturaleza jurídica de las sociedades reafianzadoras, al replicar la experiencia de otros países iberoamericanos sobre el particular- y señalando al efecto que: “Las Reafianzadoras se constituirán en forma de sociedad anónima.”

Acto seguido, el citado artículo 77 de la LSGR salvadoreña, agrega que: “Estas- refiriéndose a las sociedades anónimas reafianzadoras, tendrán como finalidad exclusiva: a) Reavaluar las carteras de avales y fianzas otorgadas por las Sociedades de Garantía, en los

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

porcentajes establecidos en los estatutos sociales de la Reafianzadora; y b) Reafianzar las carteras cubiertas a las Sociedades de Garantía, con otras Instituciones Nacionales o Internacionales.”

En segundo lugar, el artículo 78 de la LSGR salvadoreña complementa la regulación de sus sociedades anónimas revaluadoras- al señalarlos que ellas podrán tener entre otras, las siguientes funciones: “a) Evaluar a las Sociedades de Garantía que soliciten ser reafianzadas por esta Sociedad; y b) Cobrar los servicios por reafianzamiento a las Sociedades de Garantía, en su caso, según lo establezcan los estatutos sociales, tomando en cuenta lineamientos técnicos en lo que respecta a riesgos institucionales y siniestralidad en las respectivas carteras reafianzadas.”¹⁵⁶

Finalmente, el artículo 80 de la LSGR salvadoreña- nos indica cuáles son los objetivos de la sociedades reafianzadoras, al disponer que: “La Reafianzadora tendrá los siguientes objetivos: a) Apoyar al Sistema ofreciendo cobertura y garantía suficiente a los riesgos contraídos por las mismas; y b) Aumentar la capacidad de cobertura de las Sociedades de Garantía, mediante la suscripción de contratos de reafianzamiento.”

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente los siguientes alcances;

- a. Tanto el fideicomiso para el desarrollo del sistema de garantías recíprocas, como asimismo las sociedades anónimas reafianzadoras, son parte de un mismo

¹⁵⁶ En lo que dice relación con la razón social o denominación de las sociedades reafianzadoras, el artículo 79 de la LSGR salvadoreña- dispone que: “Las Reafianzadoras podrán adoptar y registrar cualquier nombre comercial o denominación que crean conveniente con tal que no pertenezca a otra entidad y no se preste a confusiones. Deberá figurar necesariamente la indicación Reafianzadora de Sociedades de Garantía Recíproca, que es exclusiva de este tipo de sociedad. Cuando se utilizare la abreviatura R.S.G.R., deberá incluirse al final de la denominación. Ninguna Reafianzadora usará en su denominación la expresión "Nacional" o cualquier otra que pueda sugerir que se trata de una organización creada por el Estado. El Registro de Comercio no inscribirá aquellas Reafianzadoras cuya denominación se oponga a lo dispuesto en este artículo.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

sistema de carácter mixto con el cual cuenta la legislación salvadoreña para hacer frente al reafianzamiento de su sistema de garantías recíprocas.

- b. A partir de lo dispuesto por los artículos 77 y siguientes de la LSGR salvadoreña, es posible apreciar que si bien es cierto que las sociedades de garantía recíproca salvadoreñas necesitan y se encuentran íntimamente relacionadas con sus sociedades anónimas reafianzadoras, en uno y otro caso, nos encontramos frente a dos tipos sociales distintos e independientes entre sí.
- c. Un tercer y último alcance, apunta al desafío que se presenta para el resto de las otras realidades iberoamericanas- distintas a la salvadoreña, en orden a poder contar también en un futuro cercano, con una cooperación tan valiosa como la que le presta a su sistema de garantía recíprocas, el Banco Multisectorial de Inversiones (BMI).

3.6.4 Fondo de desarrollo y sociedades reavaladoras en el caso nicaragüense.¹⁵⁷

Si bien es cierto que el legislador nicaragüense- al igual que su par salvadoreño, también asumió una solución mixta para afrontar el reafianzamiento de su sistema de garantías recíprocas,¹⁵⁸ no se puede dejar de reconocer que existen marcadas diferencias entre uno y otro caso.

La primera gran diferencia que en concreto es posible vislumbrar entre una y otra realidad, radica en el hecho que tratándose de la LSGR nicaragüense- no se creó un fideicomiso sino que un “*fondo para el desarrollo de las sociedades de garantías recíprocas*”, que según el artículo 64 de la LSGR nicaragüense, tendrá como objeto el

¹⁵⁷ Ley del sistema de sociedades de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa. Ley Número 663, aprobada el 25 de Junio de 2008, publicada en La Gaceta N° 173 del 08 de Septiembre de 2008. Ob.cit.

¹⁵⁸ Efectivamente- en ambas legislaciones se considera la suma de aportes públicos y privados para afrontar de buena manera el reafianzamiento de sus respectivos sistema de garantía recíproca.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

promover el desarrollo de las MIPYMEs nicaragüenses, mediante el desarrollo de las siguientes actividades: “ 1. Promover la constitución de las SGR; 2. Invertir por cuenta del estado en el capital de las SGR; 3. Fortalecer patrimonialmente a las SGR a través de aportes al fondo de provisiones técnicas; 4. Las demás que establezca la presente ley.”

Tal como puede apreciarse, tanto el fideicomiso para el desarrollo del sistema de garantía recíproca salvadoreño, como asimismo el fondo para el desarrollo de las sociedades de garantías recíprocas nicaragüense- no presentan su mayor diferencia en el objetivo perseguido, a saber; el desarrollo de sus respectivos sistemas de garantía recíproca, aún cuando tengan claramente una naturaleza jurídica diferente.

En efecto, las diferencias entre fideicomiso y fondo de desarrollo, se aprecian más claramente en lo que se refiere a su respectiva administración e integración.

Recordemos que en el fideicomiso salvadoreño, sus recursos se obtienen por un aporte que efectúa el BMI en calidad de fiduciario, el fideicomisante se representa por el Gobierno de El Salvador a través del Ministerio de Hacienda, y finalmente los fideicomisarios corresponden a la micro, pequeña y mediana empresas rurales y urbanas a través de las Sociedades de Garantía, la Reafianzadora y el Gobierno de El Salvador.

En cambio, tratándose del fondo para el desarrollo de las sociedades de garantía recíproca nicaragüense, el artículo 65 de su LSGR no sólo señala en su inciso primero que: “Será administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) a través de una Comisión Técnica”, sino que agranda la brecha con el fideicomiso, al disponer en su inciso segundo que : “El Fondo tendrá un capital inicial de cuarenta millones de córdobas (C\$ 40,000,000.00) que serán aportados por el Estado, y estará constituido con recursos provenientes de: a) Fondo Nacional de Garantías, creado por el Decreto Ejecutivo No. 20-95, el que pasa a formar parte del Fondo para el Desarrollo de las Sociedades de Garantías Recíproca sin sucesión de continuidad. b) Presupuesto General de la República. c) Fuentes

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

de financiamientos alternas complementarias, vinculadas a la cooperación internacional y sector privado”

Para dar forma a su régimen mixto de reafianzamiento, el legislador nicaragüense junto con la creación de un *“fondo para el desarrollo de las sociedades de garantía”*, estableció en el capítulo décimo segundo de su LSGR a las denominadas *“sociedades reavaladoras”*.

Al respecto, cabe hacer presente que precisamente en torno a este punto, es que surge una segunda gran diferencia entre las legislaciones salvadoreña y nicaragüense.

Lo anterior, ya que de conformidad al artículo 67 de la LSGR nicaragüense- denominado *“naturaleza y objeto social”*, las sociedades reavaladoras nicaragüenses: *“Tendrán carácter mercantil y se considerarán como entidades financieras de capital variable, creadas con el fin de reavaluar las operaciones de garantía que realicen las SGR”*, y *“Para la constitución, autorización y regulación les serán aplicadas las disposiciones establecidas en la presente ley para las SGR.”*¹⁵⁹

A partir de lo expuesto, puede apreciarse que la LSGR nicaragüense no siguió la tendencia de los otros países iberoamericanos en materia de sociedades de reafianzamiento, y por cierto tampoco, la tendencia de la legislación salvadoreña- ya que en vez de indicar que las sociedades reavaladoras tendrían la naturaleza jurídica de sociedades anónimas, lisa y llanamente señala en cambio, que para efectos de constitución, autorización y regulación les serían aplicables las disposiciones establecidas en su ley para las SGR.

¹⁵⁹ Finalmente, el legislador nicaragüense se refiere a elementos propios de la razón social de las sociedades reavaladoras, al disponer en su artículo 68 que: *“ Al final de la denominación o razón social de cada Sociedad Reavaladora deberá figurar la indicación "Reavaladora de Sociedades de Garantías Recíprocas" o su abreviatura "RSGR".*

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.6.5 El fondo para el desarrollo de la SGR guatemalteca.¹⁶⁰

El denominado fondo para el desarrollo del sistema de sociedades de garantía recíproca guatemalteco, se constituye a nuestro entender- en un buen ejemplo de lo que sería una clara y completa regulación en torno a un régimen de reafianzamiento sostenido en base a la creación de un fondo aportado principalmente por parte de organismos públicos.

En efecto, los artículos 86 y siguientes de la LSGR guatemalteca nos entregan toda una completa reglamentación que en su conjunto, no hacen otra cosa que dar cuenta del necesario régimen de reafianzamiento que requiere en la especie, este sistema de garantía recíproca centroamericano.

Al respecto, la primera de las normas que traeremos a colación, se refiere precisamente al artículo 86 de la LSGR guatemalteca- denominado “*creación y objeto del fondo*”, y en virtud del cual se dispone que: “El Estado creará el fondo para el desarrollo del sistema de sociedades de garantía recíproca para la micro, pequeña y medianas empresas, con el objeto de promover su desarrollo, mediante las siguientes actividades: 1) Promover la constitución de las sociedades que forman parte de El Sistema; 2) Invertir por cuenta del Estado en el capital de las sociedades que conforman El Sistema; 3) Fortalecer patrimonialmente a las sociedades que conforman El Sistema, a través de aportes al Fondo de Provisiones Técnicas; y 4) Las demás que establezca la presente ley”

Una segunda norma, íntimamente relacionada con la anterior- se refiere a la forma de integración del fondo, o en otros términos, a un estudio acerca de los recursos patrimoniales del fondo para el desarrollo de su SG, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 87 de su LSGR guatemalteca.

¹⁶⁰ Iniciativa Número 4152. Ley del Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca. Actualmente en manos del Poder Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación. Ob.cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

A mayor abundamiento, estimamos que dicho estudio acerca de los recursos patrimoniales del fondo para el desarrollo de la SGR guatemalteca admite ser subdistinguido en tres aristas diferentes como lo son;

- 1) La primera arista se refiere a la constitución del fondo. Al respecto, cabe señalar que según la LSGR guatemalteca, el fondo se constituirá con el aporte del Estado de cuarenta millones de quetzales (Q40,000,000.00) y con otros aportes de organismos e instituciones nacionales e internacionales.
- 2) Un segundo aspecto, apunta a las utilidades que se vayan generando por los recursos patrimoniales del propio fondo- y las cuales- por mandato del propio legislador guatemalteco, se incrementarán al mismo fondo.
- 3) Una tercera arista, se refiere al carácter de no reembolsables que la LSGR guatemalteca le entrega a cada uno de los recursos que el Estado de Guatemala destine con el objeto de promover el desarrollo de sus micros, pequeñas y medianas empresas.

De otro lado, y en lo que se refiere a la “*administración y funciones del fondo*”, el inciso primero artículo 88 de la LSGR guatemalteca, nos entrega la regla general sobre la materia, al señalar que: “La administración del fondo estará a cargo de un banco nacional autorizado, cuyos servicios se contratarán conforme el procedimiento que para el efecto establezca la Ley de Contrataciones del Estado.”

Por su parte, el inciso segundo del citado artículo 88- se refiere de manera específica a las funciones que les corresponde cumplir al administrador del fondo, y para lo cual señala que: “Actuando por cuenta del Estado y conforme a los lineamientos que este le determine en el contrato respectivo, tendrá como mínimo, las funciones siguientes; a) Promover la constitución de sociedades que forman parte de El Sistema. b) Invertir recursos del fondo en el capital accionario de las sociedades que forman parte de El Sistema. c)

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Invertir los excedentes de liquidez en títulos valores, siguiendo los criterios establecidos en la presente ley para las sociedades de garantía recíproca; d) Contratar asistencia técnica y facilitar capacitación, para impulsar el desarrollo de El Sistema; e) Contribuir, en tanto no se constituya una sociedad de reafianzamiento, a fortalecer el fondo de provisiones técnicas de las sociedades de garantía recíproca, y, f) Las demás que sean necesarias para alcanzar los objetivos del fondo”

Finalmente, el inciso tercero se encarga de aclarar un aspecto formal que rodea el ejercicio de la administración del fondo, al disponer que: “La formalización para la administración del fondo se hará mediante escritura pública.”¹⁶¹

3.6.6 El fondo de garantía Boliviano.¹⁶²

Una sexta y última realidad- corresponde al proyecto de ley boliviano, y más particularmente a lo que la sección tercera de su proyecto de ley- denominada “*Del fondo de garantía*”, establece en sus artículos noveno y décimo.

Por un lado, el artículo noveno nos entrega el “*objeto*” del fondo de garantía boliviano, al señalar al efecto que: “Las Sociedades de Garantía Recíproca deberán constituir un fondo de garantía destinado a garantizar parte o la totalidad de las obligaciones en dinero asumidas por sus socios partícipes con terceros, mediante los Contratos de Garantía Recíproca establecidos en la presente Ley.”

Por otra parte, el inciso primero del artículo décimo del proyecto boliviano apunta a la “*naturaleza*” de su fondo de garantía, al disponer que: “El fondo de garantía será un

¹⁶¹ Como corolario, en lo que se refiere a las prohibiciones a las cuales se encuentra sujeto el fondo- el artículo 89 aclara que: “Queda prohibido al fondo: a) Participar con más del cincuenta por ciento en el capital pagado de las sociedades de garantías recíprocas, después de quince años de haberse constituido la sociedad, prorrogables a criterio de la Junta Monetaria. b) Invertir en acciones de sociedades distintas a las de garantía recíproca y/o Reafianzadoras; c) Invertir en cuentas de ahorro, depósitos a plazo y en títulos valores emitidos por el administrador del fondo.”

¹⁶² Proyecto de Ley de Sociedades de Garantía Reciproca, versión No. 1, julio de 2005, de la República de Bolivia, actualmente en tramitación parlamentaria

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

patrimonio autónomo separado del patrimonio societario de la Sociedad de Garantía Recíproca. Los recursos que integran el fondo de garantía no forman parte de la garantía general con relación a los acreedores de la Sociedad de Garantía Recíproca ni de sus aportantes”.¹⁶³

Finalmente, el inciso tercero del artículo décimo, se refiere a la administración del fondo de garantía- señalando al efecto que: “El fondo de garantía será administrado por el Directorio de la Sociedad de Garantía Reciproca o por un comité de administración designado por éste y de acuerdo a la política de inversión aprobada por el Directorio”

3.7 Órganos sociales de la SGR. Gobierno y administración inspirados en el modelo de las sociedades anónimas.

Probablemente uno de los elementos característicos de lo que sería una SGR iberoamericana, que más desarrollo tendrá a futuro- se refiere precisamente el estudio de su gobierno y administración, o en otras palabras, el análisis de los órganos sociales de este tipo social.

Lo anterior, dado que si bien es cierto que la SGR se gobierna tanto por una junta general de socios como por un consejo y/o directorio de administración, no se puede olvidar, que ambos órganos no son autónomos de este tipo social, ya que se encuentran inspirados en un modelo pensado para otro ropaje jurídico, a saber, el de las sociedades anónimas.¹⁶⁴

¹⁶³ A mayor abundamiento, el inciso segundo del citado artículo décimo se refiere a la integración del fondo de garantía al disponer que: “Dicho fondo de garantía estará constituido por: 1. El aporte de los socios protectores; 2. Las donaciones u otras aportaciones que recibiere; 3. Las asignaciones de los resultados de la Sociedad de Garantía Recíproca aprobados por la junta de accionistas; 4. El rendimiento financiero que provenga de la inversión del propio fondo en las colocaciones en que fuera constituido; 5. Las sumas de dinero que hubiese recuperado por montos pagados por el fondo de garantía en el cumplimiento del contrato de garantía asumido a favor de los socios partícipes de la Sociedad de Garantía Recíproca administradora de dicho fondo.”

¹⁶⁴ Desde ya, cabe precisar que todo este estudio no impide la válida existencia de otros casos, en los cuales el gobierno y administración de la SGR, se encuentran regulado por otras normas distintas al de las sociedades anónimas. Por ejemplo, las cooperativas de garantía reciproca chilenas-CGR. Vid.infra. 191 y ss.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

De ahí que nazca precisamente el desafío que estimamos presenta el estudio específico de esta temática, en orden a poder desentrañar que parte de la normativa aplicable a los órganos sociales de las sociedades anónimas, si podrían resultar atingente a la SGR, y cuales en cambio, requerirían de un estudio particular más acorde con este tipo social híbrido de corte mutualista, tal como lo es la SGR.

Cabe precisar, que a diferencia de la técnica de estudio comparativa-global que venimos desarrollando hasta el momento, para tratar este séptimo elemento característico, sólo nos centraremos en el estudio de tres legislaciones particulares como lo son, la española, la argentina y finalmente la salvadoreña.

Lo anterior, dado que dichas tres realidades son quienes presentan no sólo una mayor riqueza normativa, sino que asimismo una mayor experiencia en materia de órganos sociales, gobierno y administración de la sociedades de garantía recíproca.

3.7.1 La Junta general y el Consejo de Administración en la SGR española.¹⁶⁵¹⁶⁶

La primera, y tal vez la más importante legislación en materia de gobierno y administración de las sociedades de garantía recíproca, corresponde al estudio de las normas comprendidas en las secciones primera a tercera del capítulo IV de la ley 1/1994, denominado “*De los órganos de la sociedad de garantía recíproca*”.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994.

¹⁶⁶ Respecto a este tema, recomendamos al lector ver; Quijano González, Jesús, “Los órganos de la Sociedad de Garantía Recíproca”, Revista de Derecho de Sociedades, año 2000-2002, número 15, Editorial Aranzadi, 2001, Navarra, Página 13-55.

¹⁶⁷ Para Broseto Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando; las principales características de la regulación de los órganos sociales de la SGR son las siguientes: “) Por lo que se refiere a la Junta General le corresponde las facultades establecidas en las disposiciones legales y en los estatutos, y “en especial” una serie de competencias enumeradas expresamente en la Ley 1/1994 (art. 33), que al celebrarse, al menos, una vez al año, debiendo hacerse su convocatoria con quince días de antelación (art. 35); el régimen de quórum, para asuntos ordinarios y extraordinarios, es similar al de los art. 102 y 103 LSA (art.36); los acuerdos se adoptan por mayoría de los votos presentes, salvo para disolver la sociedad en que serán necesarias las dos terceras partes del total de votos atribuidos a la sociedad (art. 35.3).b) Por lo que se refiere al Consejo de Administración”, es el órgano de gestión y representación de la sociedad (art. 40), sin perjuicio de la

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

En primer término, encontramos el artículo 32 de la ley 1/1994- quien se constituye en la norma rectora en esta materia al señalar que: “Los órganos de gobierno de la sociedad de garantía recíproca son la Junta general y el Consejo de Administración.”

Entendemos que se constituye en la norma rectora en la especie, ya que la SGR- al igual que la sociedad anónima- centra precisamente su gobierno y administración en la existencia de dos órganos sociales, con funciones completamente distintas entre sí. Por una parte, encontramos el órgano político o deliberante de la SGR, a saber; la denominada junta general, y por otra- el consejo o directorio, encargado de velar por su correcta administración social.¹⁶⁸

pasibilidad de delegar facultades en un órgano pluripersonal o unipersonal, y de la existencia de Director General (que no reviste, a nuestro juicio, la condición de “órgano social”, sino de alto ejecutivo). Para la adopción de determinados acuerdos se requiere el voto favorable de los dos tercios de los consejeros (art. 40.2). No se exige la condición de socio para ser miembro del Consejo, salvo: a) en el caso del Presidente y el Vicepresidente; y b) cuando los estatutos dispongan lo contrario (art. 43.1). Quedan sometidos a la inspección y control previstos en la ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e intervención de Entidades de Crédito (art. 67), y se les exigen determinados requisitos de experiencia y honorabilidad profesional (art. 43). Son aplicables al Consejo de Administración de las SGR las prescripciones establecidas por la LSA en las secciones 3º y 4º de su Capítulo V (art. 44 de la Ley SGR). No obstante, las competencias del Consejo de Administración de la SGR son bastante más amplias que la del órgano de administración de la anónima, abarcando también el aumento del capital entre el mínimo y el máximo (sin previo acuerdo a la Junta); o incluso acordar la exclusión del socio cuando incumpla la obligación garantizada por la SGR, habiendo visto obligada la SGR a pagar en su lugar (art. 42).”. Broseto Pont Manuel y Martínez Sanz Fernando, “Manual de Derecho Mercantil” 12 Edición, Vol. I, Madrid, 2005. Ob.cit.

¹⁶⁸ Respecto a los *órganos sociales* de la SGR española, D. Enrique Gómez Jiménez, en su obra “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, afirma que: “Se establece un órgano deliberante, la Junta General de Socios; un órgano representante o ejecutivo, el Consejo de Administración y un órgano de fiscalización o vigilancia constitutivo por los Censores de Cuentas. El Consejo de Administración es el órgano de gestión y representación de la sociedad. Le corresponde la decisión interna y la representación de la misma. Las notas fundamentales en cuanto a la formación del Consejo quedan expuestas en el artículo 36 del R.D. “Todos los miembros del Consejo de Administración deberán tener la condición de socios, con excepción del Director General de la Sociedad, el cual podrá formar parte del Consejo aunque no sea socio, si así lo disponen los Estatutos. Los Socios Protectores no podrán ocupar más de la mitad de los puestos de Consejo, pero no podrá exceder de la cuarta parte el número de puestos ocupados por socios protectores que no sean Corporaciones, Entidades Públicas, Entidades que representen o asocien intereses económicos de carácter general o del ámbito sectorial a que se refieren los Estatutos, o Instituciones de Crédito y Ahorro sin finalidad de lucro”. El nombramiento de los miembros del Consejo y la determinación de su número corresponde a la Junta General. Las competencias de Consejo de Administración se pueden clasificar en comunes a las de otros tipos de sociedades y específicas de las S.G.R. Entre las primeras se podrían citar las de gestión y representación, y entre las específicas, decidir sobre la admisión de socios, otorgar garantías, etc. En la práctica, la amplia gama de funciones atribuidas al Consejo de Administración han ido cediéndose a la Comisión Ejecutiva, quedando el Consejo para meras tareas de supervisión. ”. Gómez Jiménez, Enrique M, “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, Universidad de Granada, Biblioteca de Ciencias Económicas y Empresariales, 1994.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Acto seguido, la ley 1/1994- en sus secciones segunda y tercera, nos otorga los elementos y características más importantes de cada uno de los dos órganos sociales.

3.7.1.1 La Junta general española.

Respecto a la Junta general- el artículo 33 de la LSGR española, nos detalla su ámbito de acción efectivo, al disponer que la competencia de este órgano social de la SGR, implica en primer término que: “La Junta general, que se reunirá al menos una vez al año, decidirá sobre los asuntos atribuidos a la misma por las disposiciones legales o por los estatutos, y en especial sobre los siguientes: a) Nombramiento y revocación de los miembros del Consejo de Administración y la determinación de su número cuando los estatutos establezcan únicamente el máximo y el mínimo; b) Ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores; c) Aprobación de las cuentas anuales y aplicación de resultados; d) Fijación del límite máximo de deudas a garantizar por la sociedad durante cada ejercicio; e) Nombramiento de auditores de cuentas; f) Modificación de los estatutos de la sociedad; g) Aumento o disminución de la cifra mínima del capital social que figure en los estatutos; h) Exclusión de un socio por alguna de las causas establecidas legal o estatutariamente, salvo cuando la causa de exclusión consista en el incumplimiento por parte del socio del desembolso de los dividendos pasivos o de las obligaciones garantizadas por la sociedad; i) Disolución, fusión y escisión de la sociedad”

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente los siguientes alcances;

En términos generales, es efectivo que la LSGR española sigue el mismo modelo de las sociedades anónimas, para efectos de regular tanto su gobierno como asimismo su administración social.

Para ello, reconoce que su denominada Junta general, equivalente a la Junta de accionistas de la sociedad anónima, es el órgano social soberano- de corte político, y en

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

donde se ven plasmadas las decisiones más intrínsecas para el destino de la sociedad de garantía recíproca.

Con tal objeto, la LSGR siguiendo el camino de las sociedades anónimas, reconoce que este órgano político puede reunirse; de manera ordinaria- para así tratar todos aquellos asuntos más propios de su competencia de acuerdo a lo que los estatutos o la ley le hallan fijado al efecto- o bien de manera extraordinaria; para analizar asuntos particulares de acuerdo a la citación correspondiente.¹⁶⁹

Ahora bien, no se puede dejar de reconocer que es en la junta general ordinaria, y más particularmente en el ámbito de su competencia, en donde resulta posible vislumbrar qué es aquello que la SGR realmente puede o en su caso no puede hacer.

De ahí precisamente que del análisis de los asuntos descritos en el citado artículo 33 de la LSGR, es que resulta posible construir un punto de partida de aquéllo que sería propio o particular de la SGR -en tanto tipo social, y distinguir así, de aquéllo en cambio que le resultará aplicable en defecto de las normas de la sociedad anónima.

Así las cosas, estimamos que del listado de asuntos descritos en el artículo 33 de la ley 1/1994, sería posible reconocer una sub clasificación en dos especies distintas.

Por una parte, los asuntos descritos en las letras a),b),c),e),f),i) del artículo 33, darían cuentas de manera general, de materias propias de lo que podría ser cualquier junta ordinaria- o junta de accionistas en su caso. Lo anterior, dado que en buenas cuentas los asuntos descritos, se refieren a manifestaciones explícitas de materias propias del gobierno de una sociedad, y que van desde el nombramiento y revocación de los miembros del consejo de administración, o el ejercicio oportuno de las acciones que resulten pertinentes para perseguir su eventual responsabilidad, hasta la modificación del pacto o estatuto

¹⁶⁹ En el caso de la junta general extraordinaria, ésta se encuentra regulada en el artículo 34 de la ley 1/1994. A mayor abundamiento, cabe reconocer que el reconocimiento de juntas ordinarias y extraordinarias, no es exclusivo de la legislación española.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

social, el nombramiento de auditores de cuentas, o finalmente, la aprobación o en su caso el rechazo de las cuentas anuales y/o de la aplicación de resultados.

En cambio, los asuntos de las letras d) y g) del artículo 33 de la LSGR, se constituirían en materias propias o pensadas especialmente para la SGR en tanto tipo social híbrido de carácter mutualista, y cuyo objeto social es precisamente el afianzamiento de obligaciones de sus respectivas Mipymes socias partícipes.

En efecto, estimamos que asuntos relativos a materias tales como la fijación del límite máximo de deudas a garantizar por la sociedad durante cada ejercicio, el aumento o disminución en su caso de la cifra mínima del capital social que figure en los de la SGR, dan cuenta de materias que dicen relación con la necesaria solvencia que la SGR requiere para el correcto ejercicio de su particular objeto social.¹⁷⁰

A mayor abundamiento, estimamos que el numeral segundo del artículo 33- refuerza en parte nuestra postura, al agrega exigencias específicas que se derivarían precisamente de la función de afianzamiento que cumple la SGR, al disponer al efecto que: “Para conocer y decidir sobre los asuntos comprendidos en los apartados c), d) y e), así como para censurar la gestión social, la Junta general habrá de reunirse necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio. A falta de acuerdo sobre el límite máximo de las deudas a garantizar por la sociedad durante el siguiente ejercicio social, se entenderá prorrogado el mismo límite que regía anteriormente”

3.7.1.2 Competencia y Facultades del Consejo de Administración de la SGR española.

En lo referente al Consejo de Administración, la sección tercera del citado capítulo IV de la LSGR, y más particularmente el artículo 40 y siguientes- nos detallan la

¹⁷⁰ El asunto señalado en la letra h) del artículo 33 referente a la exclusión de un socio, demanda un trato diferenciado, ya que se relaciona directamente con lo que veremos más adelante, cuando tratemos las facultades del consejo de administración español en caso de incumplimiento de un socio partícipe a sus obligaciones garantizadas por la sociedad. Vid., infra. Páginas 121 y ss.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

competencia y funciones específicas que debe cumplir este segundo órgano social de la SGR.

Para ello, la ley 1/1994- reconoce una clara distinción entre lo que es el ámbito de competencia y por otra parte, lo que son las facultades del Consejo de Administración.

3.7.1.2.1 Competencia del Consejo de Administración español.

Respecto al ámbito de competencia del consejo de administración español, el numeral primero del artículo 40 de su LSGR- comienza por señalar el principio general sobre la materia, al disponer al efecto que: “El Consejo de Administración es el órgano de administración y representación de la sociedad.”¹⁷¹

Posteriormente, el citado artículo 40 nos entrega un completo detalle de las funciones que debe cumplir el Consejo de Administración -al disponer que: “Le corresponden, entre otras, las siguientes funciones: a) Decidir sobre la admisión de nuevos socios; b) Acordar el aumento o disminución del capital entre la cifra mínima fijada para el mismo en los estatutos y el triple de dicha cantidad, mediante la creación o el reembolso de aportaciones sociales, respetando, en todo caso, los requisitos mínimos de solvencia; c) Determinar las normas a las que se sujetará el funcionamiento de la sociedad y realizar todos los actos necesarios para el cumplimiento del objeto social; d) Nombrar al Director general de la sociedad; e) Fijar el importe máximo y el plazo de las garantías que la sociedad puede suscribir a petición de cada uno de los socios partícipes en particular; f) Otorgar o denegar las garantías solicitadas por los socios partícipes para sus operaciones, estableciendo, en su caso, las condiciones especiales que haya de cumplir el socio para conseguir la garantía; g) Determinar las inversiones del patrimonio social; h) Convocar la Junta general; i) Rendir cuentas, presentar balances y proponer la aplicación de los

¹⁷¹ Señalamos que es la regla general sobre la materia, ya que efectivamente al Consejo de Administración de la SGR- al igual que en las sociedades anónimas- les corresponde velar tanto por la administración como asimismo por la debida representación judicial y extrajudicial de la sociedad de garantía recíproca.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

resultados del ejercicio a la Junta general; j) Proponer a la Junta general la fijación de la cuantía máxima de las deudas a garantizar durante cada ejercicio; k) Autorizar las transmisiones de participaciones sociales; l) Realizar cualesquiera otros actos y adoptar cualesquiera otros acuerdos que no están expresamente reservados a la Junta general por precepto legal o estatutario.”

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente los siguientes alcances;

Al igual que en el caso de la Junta general, tratándose del Consejo de Administración- estimamos que también resulta posible distinguir entre funciones que sería propias del Consejo de Administración de la SGR, y aquéllas en cambio que también serían compartidas por cualquier Consejo de Administración o Directorio de una sociedad anónima.

Respecto al primer grupo de funciones, es decir aquéllas que serían propias o particulares del Consejo de Administración de una SGR, encontramos las enumeradas en las letras b), e) y f) del artículo 40.

Lo anterior, ya que dichas funciones apuntan no sólo al reforzamiento del necesario nivel de solvencia que debe tener la SGR, sino que asimismo dan cuenta de operaciones que se encuentran dentro del objeto social sobre el cual se estructura el propio sistema de garantías recíprocas, tales como lo son entre otras; el acuerdo de aumento o disminución del capital entre la cifra mínima fijada para el mismo en los estatutos y el triple de dicha cantidad, la creación o el reembolso de aportaciones sociales, respetando en todo caso, los requisitos mínimos de solvencia- o bien más claramente; la fijación del importe máximo y plazo de las garantías que la SGR puede suscribir a petición de cada uno de los socios partícipes en particular o el otorgamiento y/o denegación de las garantías solicitadas por los socios partícipes para su operaciones, estableciendo en su caso, las condiciones especiales que haya de cumplir el socio para conseguir la garantía.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

De otro lado, encontramos el resto de las funciones que le correspondería cumplir al Consejo de Administración de la SGR, y las cuales entendemos no serían exclusivas de dicho tipo social. Entre ellas, cabe enunciar la de las letras a),c),g),h),j),k) y l) del artículo 40.

Como corolario, y cerrando de paso las funciones establecidas para el Consejo de Administración de la SGR, se encuentra aquella establecida en la letra d) del artículo 40- y en virtud de la cual le asiste al Consejo la facultad para: “Nombrar al Director general de la sociedad”.

Al respecto, estimamos que esta última función merece una atención y tratamiento especial.

Lo anterior, ya que si bien es cierto que corresponde a una tarea propia de cualquier Consejo de administración, pertenezca o no a la SGR- no se puede dejar de reconocer por otra parte, que el nombramiento de la persona que en definitiva ocupe el cargo de Director general de la SGR, lleva envuelto en si mismo, consecuencias importantes para lo que sería un buen gobierno corporativo de la sociedad de garantía recíproca¹⁷²¹⁷³

¹⁷² Vid., infra Páginas 124 y ss.

¹⁷³ Finalmente, el numeral segundo del citado artículo 40- complementa el ámbito de competencia del Consejo de Administración, al disponer que: “El Consejo de Administración podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento, aceptar la dimisión de los consejeros y designar de su seno una Comisión Ejecutiva y/o un Consejero Delegado, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona. La delegación permanente de alguna facultad del Consejo de Administración en la Comisión Ejecutiva y/o en el Consejero Delegado, y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del Consejo y no producirá efecto hasta su inscripción en el Registro Mercantil.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.7.1.2.2 Facultades del Consejo de Administración español. Otorgamiento de garantías y exclusión del socio incumplidor.

Tal como enunciamos anteriormente, la ley 1/1994 española junto al ámbito de competencia del Consejo de Administración, reconoce en los artículos 41 y 42- lo que se denomina como las facultades del Consejo de administración.

Al respecto, cabe precisar que dentro de dichas facultades del Consejo, se aprecian dos especies.

La primera de ellas, es la que nos entrega el artículo 41- al referirse a las facultades del Consejo de Administración para el otorgamiento de garantías, y al señalar al efecto que: “El Consejo de Administración decidirá, caso por caso, sobre la procedencia de otorgar las garantías de la sociedad para las operaciones de los socios. Podrá fijar las condiciones especiales que haya de cumplir el socio para que la sociedad garantice su deuda”. Tal como puede apreciarse, esta primera facultad del Consejo de administración, es una consecuencia directa y natural de lo que denominamos como las facultades propias o particulares del Consejo de Administración de una SGR, de las letras b), e) y f) del artículo 40.

Por su parte, el artículo 42 se refiere en cambio a las facultades del Consejo de Administración en caso de incumplimiento por un socio de las obligaciones garantizadas por la sociedad, disponiendo al efecto que: “Cuando la sociedad se hubiera visto obligada a pagar en virtud de la garantía otorgada a favor de un socio, el Consejo de Administración podrá acordar la exclusión del socio con los efectos previstos en el Artículo 64 de la presente Ley.”

A propósito, lo primero que cabe reconocer es que esta facultad que el artículo 42 de la LSGR española le otorga al Consejo de Administración, se encuentra íntimamente

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

relacionada con la competencia que a su vez el artículo 33 letra h) de la ley 1/1994 le confiere a la Junta general en materia de exclusión de un socio.¹⁷⁴

Por otro lado, cabe recordar que de conformidad al artículo 64 de la LSGR, tres son los efectos que se derivan a partir de la exclusión de un socio, a saber;

El primer efecto consiste en que “El acuerdo de la Junta general por el que se excluye de la sociedad a un socio privará a éste de su condición de tal y le otorgará el derecho al reembolso de las participaciones sociales, una vez extinguidas en su caso las obligaciones a cuyas garantías se hallaban afectadas”.

De otro lado, el numeral segundo del artículo 64, nos señala lo que sería un segundo efecto al disponer que: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el Consejo de Administración acuerde la exclusión de un socio por haber incumplido la obligación garantizada y ser dudoso el recobro de la cantidad pagada por la sociedad, el importe del reembolso de las participaciones del socio excluido se destinará a cubrir el pago realizado por la sociedad en virtud de la garantía. Si el importe del reembolso excediera de la cantidad pagada por la sociedad, el exceso se destinará, en su caso, a una reserva para cubrir otras garantías otorgadas a favor del mismo socio que permanezcan vigentes.”

El tercer y último efecto, lo encontramos en el numeral tercero del artículo 64, cuando agrega que: “En todo caso, tanto el importe del reembolso de las participaciones como la responsabilidad del socio excluido por dicho importe, en relación con las deudas contraídas por la sociedad con anterioridad a la fecha del reembolso, se regirán por lo establecido para la separación en el Artículo 29.”

¹⁷⁴ Es más, a partir de ello queda claramente diferenciado a cuál de los dos órganos de la SGR le compete la exclusión de un socio, según se trate o no del incumplimiento por parte de éste de obligaciones garantizadas a su vez por la SGR.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.7.1.2.3.1 Requisitos para ser miembro del Consejo de Administración.

Como corolario, y para cerrar adecuadamente el estudio en torno a la administración de la SGR, resulta necesario efectuar un análisis particular de dos importantes aristas relacionadas en torno a la temática de los Consejos de Administración de la SGR española, como lo son por una parte, los requisitos que deben cumplir los respectivos consejeros del consejo de administración, y por otra, la relación que se vislumbra entre administración de la SGR y los denominados gobiernos corporativos.

Respecto a los requisitos que deben cumplir los miembros del Consejo de Administración, cabe precisar que ellos se encuentran regulados en el artículo 43 de la LSGR española, y de conformidad al siguiente tenor: “Para ser nombrado miembro del Consejo de Administración no se requiere la condición de socio, a menos que los estatutos dispongan lo contrario. No obstante, el Presidente y los Vicepresidentes del Consejo deberán ostentar la condición de socios”. A partir de lo expuesto, estimamos que el legislador español fomenta de manera directa la profesionalización de la administración de la SGR, al exigir que sólo las más altas autoridades del Consejo ostenten la calidad de socios.

De la misma forma, el numeral segundo agrega una necesaria exigencia de carácter técnico, al disponer que: “ Todos los miembros del Consejo de Administración deberán ser personas de reconocida honorabilidad comercial y profesional, debiendo poseer, al menos, dos de ellos conocimientos y experiencia adecuados para el ejercicio de sus funciones. Los requisitos indicados deberán concurrir también en quienes ocupen el cargo de Director general o asimilados en la sociedad.”¹⁷⁵

¹⁷⁵ Finalmente, y para no dejar dudas, el propio artículo 43 detalla el sentido y alcance de la honorabilidad comercial y profesional exigida a los miembros del Consejo al señalar que: “Concurre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y bancarias. En todo caso, se entenderá que carecen de tal honorabilidad quienes tengan antecedentes penales por delitos contra la salud pública del Artículo 344 bis, h), del Código Penal, de falsedad, contra la Hacienda Pública, de infidelidad en la custodia de documentos, de violación de

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.7.1.2.3.2 El Consejo de Administración y los Gobiernos Corporativos.

Tal como enunciábamos precedentemente, para cerrar adecuadamente el estudio en torno a la administración de la SGR, corresponde abordar los aspectos más importantes de una segunda arista, y la cual se refiere a la relación que existe entre el Consejo de administración de la SGR y los denominados gobiernos corporativos.

Al respecto, lo primero que cabe reconocer es el escaso tratamiento que hasta el momento la doctrina y los tribunales iberoamericanos han dado sobre el particular.

Por la misma razón, estimamos que ésta es una más de las tantas temáticas que a futuro debieren verse más desarrolladas no sólo por los autores y estudiosos, sino que asimismo- por la aplicación práctica que los propios miembros de los diferentes consejos de administración, puedan entregar en el cumplimiento de lo que serían buenas prácticas corporativas para la SGR.

El otro aspecto que no se puede dejar pasar, es que si bien es cierto que la relación surgida entre los consejos de administración y el buen gobierno corporativo se encuentra inspirada y pensada para el modelo de las sociedades anónimas, lo anterior no quita que al fin al final de cuentas, siga siendo un elemento propio o característico de la forma que en que la propiedad y administración de la sociedad de garantía recíproca deben necesariamente operar para cumplir su objeto social propio de afianzamiento.¹⁷⁶

secretos, de malversación de caudales públicos, de descubrimiento y revelación de secretos o contra la propiedad, los inhabilitados para ejercer cargos públicos o de administración o dirección en entidades financieras, y los quebrados y concursados no rehabilitados. También se entenderá que carecen de honorabilidad quienes hayan sido sancionados mediante resolución firme, de conformidad con la Ley sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales. Poseen conocimientos y experiencia adecuados para ejercer sus funciones en estas sociedades quienes hayan desempeñado, durante un plazo no inferior a cinco años, funciones de alta administración, dirección, control o asesoramiento de entidades financieras, o funciones de similar responsabilidad en otras entidades públicas o privadas de dimensión análoga a la entidad que se pretenda crear”.

¹⁷⁶ Sólo a vía meramente referencial, cabe recordar que tratándose de la SA chilena, su ley Núm. 18.046 dispuso precisamente en el inciso tercero de su artículo 133 que: “Por las personas jurídicas responderán además civil, administrativa y penalmente, sus administradores o representantes legales, a menos que constare

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

A propósito, cabe referirnos a un trabajo desarrollado por D. Luis Carlos Sánchez Martínez, de la Universidad de Oviedo, denominado “Los Consejos de Administración de las Sociedades de Garantía Recíproca”.¹⁷⁷

En dicha investigación, Sánchez Martínez, reconoce que entre las principales características de los consejos de administración de las sociedades de garantía recíproca, figuran las siguientes: a) Tamaño elevado con la mayoría de consejos superando la veintena de miembros; b) La mayoría de consejeros son socios partícipes de las SGR. Junto a los representantes de organizaciones empresariales, administraciones públicas y entidades de crédito suponen el 98% de los consejeros del sector; c) Las organizaciones empresariales están representadas en los consejos de administración en un porcentaje muy superior a su participación en el capital del sector. Lo contrario le ocurre a las administraciones públicas que están representadas en un porcentaje inferior; d) Los consejeros que son socios partícipes está presentes en mayor medida en los consejos de administración de mayor tamaño; e) Ningún tipo de consejero está presente en la totalidad de consejos de administración; f) Existen consejeros ejecutivos en el 29% de las sociedades aunque apenas suponen el 1% del total de consejeros; g) La presidencia es ocupada mayoritariamente por socios partícipes y representantes de administraciones públicas”

De la misma forma, el citado autor en base a una serie de argumentos históricos y coyunturales de la realidad española en materia de su sistema de garantías recíprocas, agrega que: “Una explicación a los motivos que han desembocado en que los consejos de administración tengan las características anteriormente citadas la podemos encontrar en la historia de los inicios del sector. El importante papel de las organizaciones empresariales colaborando con el Ministerio de Industria en la creación de las sociedades de garantía

su falta de participación o su oposición al hecho constitutivo de infracción. Los directores, gerentes y liquidadores que resulten responsables en conformidad a los incisos anteriores, lo serán solidariamente entre sí y con la sociedad que administren, de todas las indemnizaciones y demás sanciones civiles o pecuniarias derivadas de la aplicación de las normas a que se refiere esta disposición”.

¹⁷⁷ Sánchez Martínez, Luis Carlos. “Los Consejos de Administración de las Sociedades de Garantía Recíproca”. Universidad de Oviedo, España. Disponible en internet en el mes de abril de 2011 en <http://www.redegarantias.com/boletines/archivo.asp>.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

recíproca en nuestro país les otorgó una relevancia en los consejos de administración que continua en estos momentos. La posterior implicación de las comunidades autónomas en el sector les introdujo en los consejos de administración pero sin llegar a la cuota que les correspondería por su aportación en el capital. La legislación posterior permitía la presencia de consejeros que no fueran socios y respaldaba una fuerte presencia de las comunidades autónomas en los órganos de gobierno de las SGR pero todavía no se ha trasladado de manera generalizada a las sociedades del sector. Si comparamos la situación de los consejos de administración de las sociedades de garantía recíproca con las recomendaciones de los códigos de buen gobierno podemos encontrar varias discrepancias. En primer lugar el tamaño de los consejos del sector es mucho mayor del recomendado, solo la quinta parte de SGR estudiadas tienen un número de consejeros en el intervalo recomendado. Los principales propietarios de las sociedades, las administraciones públicas, tienen una participación muy inferior a la que correspondería por la inversión realizada. Por el contrario otros consejeros dominicales tienen un número de puestos en los consejos de administración muy superior a su participación en el capital”.¹⁷⁸

3.7.2 Los órganos sociales en la SGR argentina.

Tratándose del caso argentino, la sección tercera de su respectiva LSGR- denominada “*De los órganos sociales*”, y más particularmente el artículo 54 y siguientes- es quien nos orienta sobre el particular, al señalar que: “Los órganos sociales de las sociedades de garantía recíproca (S.G.R.), serán la asamblea general, el consejo de administración y la sindicatura, y tendrán las atribuciones que establece la ley 19.550”¹⁷⁹

¹⁷⁸ Finalmente, en lo que guarda relación con los socios partícipes y la incorporación de los denominados consejeros independientes, Sánchez Martínez agrega que: “Asimismo los socios partícipes no se encuentran representados adecuadamente ya que los códigos de buen gobierno recomiendan la presencia de consejeros independientes para la defensa de los intereses de los poseedores de número reducido de participaciones. La introducción de la figura del consejero independiente y la elaboración de informes de gobierno corporativo encaminaría a las SGR en tendencias más actuales de mejora de gestión”. Sánchez Martínez, Luis Carlos. “Los Consejos de Administración de las Sociedades de Garantía Recíproca”. Universidad de Oviedo, España. Disponible en internet en el mes de abril de 2011 en <http://www.redegarantias.com/boletines/archivo.asp>. Ob.cit.

¹⁷⁹ Ley Núm. 19.550, “Ley de sociedades comerciales”, Texto ordenado por el anexo del Decreto 841/84. Publicado en el Boletín Oficial argentino de fecha 30/03/1984.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

para los órganos equivalentes de las sociedades anónimas salvo en lo que resulte modificado por esta ley”.

A partir de lo expuesto, se puede apreciar que si bien es cierto que el legislador argentino continua con la línea trazada previamente por su par español- tanto en lo que se refiere a la determinación de sus respectivos órganos sociales como asimismo en todo lo que guarda relación con la aplicación supletoria de su respectiva ley de sociedades anónimas- no se puede dejar de apreciar que dicha tendencia no es para nada absoluta.¹⁸⁰

3.7.2.1 La asamblea general de la SGR argentina.

Al igual que en el caso español, el órgano político o deliberante en la especie, se constituye en la denominada asamblea general ordinaria- y/o extraordinaria en su caso de la SGR argentina.¹⁸¹

Respecto a la regulación de la asamblea general ordinaria, el artículo 55 de la LSGR argentina comienza por disponer no sólo que ésta cuenta con una composición amplia y universal por parte de sus socios miembros, sino que asimismo regula la oportunidad y forma en que ella se será convocada- al señalar que: “La asamblea general ordinaria estará integrada por todos los socios de la sociedad de garantía recíproca y se reunirá por lo menos dos (2) veces al año o cuando dentro de los términos que disponga la presente ley, sea convocada por el consejo de administración”.

Por su parte, se agrega el inciso segundo del artículo 55- quien nos delimita su ámbito preciso de aplicación al señalar que: “Serán de su competencia los siguientes asuntos: 1. Fijar la política de inversión de los fondos sociales. 2. Aprobar el costo de las

¹⁸⁰ En efecto, y tal como veremos a continuación, el legislador argentino incorpora novedades en diferentes ámbitos, entre los cuales desataca por cierto, la incorporación de la sindicatura como un tercer órgano social de su SGR.

¹⁸¹ Ésta última, se encuentra regulada en el artículo 56 de la LSGR argentina al disponer que: “Serán de competencia de la asamblea general extraordinaria todas aquellas cuestiones previstas en la ley 19.550 y sus modificatorias y que no estuvieran reservadas a la asamblea general ordinaria”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

garantías, el mínimo de contra garantías que la S.G.R. habrá de requerir al socio partícipe y fijar el límite máximo de las eventuales bonificaciones que podrá conceder el consejo de administración.”

A partir de lo expuesto, se puede apreciar que a diferencia del extenso y completo listado que el legislador español detalla en el artículo 33 de su LSGR para tratar el ámbito de competencia de su órgano deliberante, en el caso del legislador argentino en cambio- se opta por un camino más acotado, y el cual se fundamenta en último término, en labores más propias de un cumplimiento genérico de su objeto social de afianzamiento, a través de ya sea la fijación de la política de inversión de fondos sociales, o bien de la aprobación del costo y/o monto de sus garantías, contragarantías y bonificaciones que deban concederse.

3.7.2.2 Composición, función principal, y competencia del Consejo de administración en la SGR argentina.

El segundo órgano social de la SGR argentina, corresponde a lo que el artículo 61 y siguientes de su LSGR denomina como el Consejo de Administración.

A mayor abundamiento, la LSGR argentina reconoce y distingue en su artículo 61 lo que podría denominarse como la composición y función principal del Consejo de administración, y por otro lado- en el artículo 62 lo que constituiría su respectivo ámbito de su competencia.

3.7.2.2.1 Composición y función principal del Consejo de administración en la SGR argentina.

En lo que guarda relación con la composición y función principal del Consejo de administración, el inciso primero del citado artículo 61 dispone que: “El consejo de administración estará integrado por tres (3) personas de las cuales dos (2) representarán a

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

los socios partícipes y una (1) representará a los socios protectores y tendrá por función principal la administración y representación de la sociedad”.

Tal como puede apreciarse, el legislador argentino al igual que su par español, reconoce que el objeto- o como lo denomina la LSGR argentina- que la función principal del Consejo de administración es precisamente el ser un órgano de la SGR que debe velar por su administración y representación.

Ahora bien, cabe reconocer que la LSGR argentina agrega un nuevo elemento no señalado por el legislador español, consistente en la regulación de la composición y origen de los propios miembros del consejo de administración. Lo anterior, al disponer que necesariamente la mayoría de los miembros del consejo de administración deban ser socios partícipes.

Es más, el inciso segundo del citado artículo 61 complementa dicha regulación, precisamente en una materia tan sensible para un buen gobierno corporativo como lo es la calidad de presidente que debe tener alguno de sus miembros, y al señalar al efecto que: “El Consejo de administración será presidido por uno de los dos representantes de los socios partícipes”

Finalmente, el inciso tercero agrega lo que en nuestra opinión es una desproporcionada facultad que se le entrega a la autoridad de aplicación administrativa argentina, al disponer que: “Los miembros del consejo de administración deberán ser previamente autorizados por la autoridad de aplicación para ejercer dichas funciones.”¹⁸²

¹⁸² Señalamos que es una desproporcionada facultad, ya que el nombramiento de los miembros del consejo de administración, es una prerrogativa que es propia del ejercicio social autónomo que debe tener y mantener la SGR. En efecto, y tal como veremos a continuación en el punto 3.9- si bien es cierto que reconocemos que la supervigilancia del órgano administrativo se constituiría en un elemento necesario de lo que sería una sociedad de garantía recíproca iberoamericana, de la misma forma se debe precisar que dicho control debiera limitarse a lo sumo a la autorización de existencia administrativa. En otras palabras, creemos que el nombramiento de los miembros del consejo de administración debe seguir radicado de manera soberana en la junta general, o en términos del legislador argentino en manos de su asamblea general ordinaria. Vid.infra. Pág. 155.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.7.2.2.2 Ámbito de competencia del Consejo de administración en la SGR argentina.

Respecto al ámbito de competencia del consejo de administración, el artículo 62 de la LSGR argentina, dispone que: “Será competencia del consejo de administración decidir sobre los siguientes asuntos: 1) El reembolso de las acciones existentes manteniendo los requisitos mínimos de solvencia; 2) Cuando las sociedades de garantía recíproca (SGR) se hubiesen visto obligadas a pagar en virtud de la garantía otorgada a favor de un socio por incumplimiento de éste, el consejo de administración dispondrá la exclusión del socio. También podrá proceder de la misma forma cuando no se haya realizado la integración del capital de acuerdo con lo establecido en la presente ley y los estatutos sociales; 3) Decidir sobre la admisión de nuevos socios conforme a lo establecido en los estatutos de la sociedad ad referendum de la asamblea ordinaria; 4) Nombrar sus gerentes; 5) Fijar las normas con las que se regulará el funcionamiento del consejo de administración y realizar todos los actos necesarios para el logro del objeto social; 6) Proponer a la asamblea general ordinaria la cuantía máxima de garantías a otorgar durante el ejercicio; 7) Proponer a la asamblea el costo que los socios partícipes deberán oblar para acceder al otorgamiento de garantías; 8) Otorgar o denegar garantías y/o bonificaciones a los socios partícipes estableciendo en cada caso las condiciones especiales que tendrá que cumplir el socio para obtener la garantía y fijar las normas y procedimientos aplicables para las contragarantías a que se refiere el art. 71; 9) Determinar las inversiones a realizar con el patrimonio de la sociedad en el marco de las pautas fijadas por la asamblea; 10) Autorizar las transmisiones de las acciones conforme a lo establecido en la presente ley; 11) Someter a la aprobación de la asamblea general ordinaria el balance general y estado de resultados y proponer la aplicación de los resultados del ejercicio; 12) Realizar cualesquiera otros actos y acuerdos que no estén expresamente reservados a la asamblea por las disposiciones de la presente ley o los estatutos de la sociedad”

A partir de lo expuesto, es posible apreciar que en lo que se refiere al ámbito de competencia de su Consejo de administración, la LSGR argentina continúa con la huella

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

trazada por la ley 1/1994, al reconocer que dentro de los asuntos que debe conocer el Consejo de administración, es posible apreciar dos grupos.

Por una parte, aquéllas materias que se aplicarían a cualquier otro Consejo de administración u órgano de administración de una sociedad anónima (números 3,4,5,6,9,10,11,12) y aquéllas en cambio, que si responderían a asuntos exclusivos de la SGR (números 1,2,7,8).

3.7.2.3 La sindicatura argentina.

Tal como enunciamos precedentemente, la LSGR argentina introduce una importante novedad con relación a su par español de la ley 1/1994, cuando reconoce la existencia de un tercer órgano social encargado de velar por la fiscalización de la SGR, y al cual denomina sindicatura.

Con tal objeto, el artículo 63 de la LSGR dispone que: “Las sociedades de garantía recíproca tendrán un órgano de fiscalización o sindicatura integrado por tres (3) síndicos designados por la asamblea general ordinaria”¹⁸³

Al respecto, estimamos justo precisar que la existencia de este tercer órgano social debe ser entendida al alero de su efectivo ámbito de acción.

Lo anterior, ya que la labor de fiscalización que ejercen los síndicos a través de la sindicatura, debe ser necesariamente armonizada y complementada con la labor de control que por su parte, ejercen en cada una de las distintas legislaciones iberoamericanas- sus respectivas autoridades administrativas, y en el caso de la LSGR argentina, a la efectiva

¹⁸³ Por su parte, el artículo 65 de la LSGR argentina complementa aún más la regulación de la sindicatura al reconocer sus “*atribuciones y deberes*” y disponer al efecto que: “Sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 19.550 y sus modificatorias, son atribuciones y deberes de la sindicatura los siguientes: “1. Verificar en igual forma y periodicidad las inversiones, los contratos de garantía celebrados y el estado del capital social, las reservas y el fondo de riesgo. 2. Atender los requerimientos y aclaraciones que formule la autoridad de aplicación y el Banco Central de la República Argentina.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

función que tal como veremos a continuación, le corresponde cumplir a su denominada “*autoridad de aplicación*”.

3.7.3 Los órganos de administración de la LSGR salvadoreña. Los órganos de gobierno y el órgano de fiscalización.

Una tercera y última realidad iberoamericana que nos corresponde analizar en el marco del gobierno y administración de la SGR, se refiere a la LSGR salvadoreña- y específicamente a lo que su respectivo capítulo segundo denomina como “*Órganos de Administración*”.

Al respecto, lo primero que cabe señalar es que partir de los términos utilizados por el propio legislador salvadoreño, es posible distinguir en este caso dos sub especies o tipos de órganos de administración de la SGR salvadoreña.

Por una parte, el artículo 36 de su LSGR reconoce que dentro de la administración de la SGR, es posible vislumbrar la existencia de dos órganos que velan exclusivamente por el gobierno de la SGR, al señalar que: “Los Órganos de Gobierno de la Sociedad de Garantía son la Junta General y la Junta Directiva”

De otro lado, y tal como veremos a continuación- el artículo 51 de la LSGR salvadoreña- siguiendo la tendencia de la legislación argentina-, reconoce en su “Comité de auditoría”, la existencia de un tercer órgano social encargado de la fiscalización de su SGR.

3.7.3.1 La Junta general salvadoreña.

Respecto al órgano político, el legislador salvadoreño continúa con la tendencia española y argentina al respecto, al reconocer la existencia de lo que denomina como la junta general ordinaria- o en su caso, asamblea extraordinaria de la SGR.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

A mayor abundamiento, el inciso primero del artículo 37 de la LSGR salvadoreña regula de manera particular el ámbito de aplicación de este primer órgano social- al reconocer en lo que denomina como “*Competencia de la Junta General Ordinaria*” que: “La Junta General Ordinaria, se reunirá al menos una vez al año y decidirá sobre los asuntos atribuidos a la misma por las disposiciones legales o por los estatutos sociales, y en especial sobre los siguientes: a) Elegir a los miembros de la Junta Directiva y del Comité de Auditoría, así como la determinación de su número cuando los estatutos establezcan únicamente el máximo y el mínimo y fijar sus remuneraciones; b) Revocar el nombramiento de los miembros de la Junta Directiva en caso necesario; c) Aprobar los estados financieros anuales, debidamente auditados, y distribución de utilidades en su caso; d) Aprobar la Memoria Anual de Labores; e) Fijar el límite máximo de las obligaciones a garantizar por la sociedad durante cada ejercicio; f) Establecer la proporción de capital que los Socios Partícipes deben aportar por el valor de las garantías a otorgarse por la Sociedad de Garantía; g) Nombrar el Auditor Externo Propietario y Suplente y fijar su remuneración; h) Excluir a un socio por alguna de las causas establecidas en esta Ley o en los estatutos; e i) Cualesquiera otros aspectos señalados en esta Ley o los estatutos”

A partir de lo expuesto, es posible apreciar que en estricto rigor- sólo los asuntos señalados en la letras e) y f) del artículo 37, se constituirían en ámbitos de competencia exclusivo de la SGR salvadoreña.¹⁸⁴

Es más, si analizamos con detención el citado artículo 37- podremos darnos cuenta que en su parte final, complementa curiosamente sólo la regulación del ámbito de competencia de la Junta General Ordinaria descrito precisamente en la letra e), al señalar que: “A falta de acuerdo sobre el literal e) se entenderá prorrogado el mismo límite que regía anteriormente”

¹⁸⁴ En otros términos, entendemos que el resto de los asuntos, si bien es cierto que forma parte de la SGR, no dan cuenta de la labor de afianzamiento más propia del objeto social de la SGR.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

De otro lado, el inciso segundo del artículo 37, recoge la tendencia de su par español, al señalar que ciertos asuntos del ámbito de competencia de la Junta General Ordinaria, requieren ser tratados con mayor premura que los otros, y disponer al efecto que: “Para reconocer y decidir sobre los asuntos comprendidos en los literales b), c), d), e) f) y g) la Junta General habrá de reunirse necesariamente dentro de los dos primeros meses de cada ejercicio.”

3.7.3.2 Composición y competencia de la Junta directiva salvadoreña.

El segundo órgano de gobierno de la SGR, corresponde a lo que la LSGR salvadoreña denominada como Junta Directiva.

Con tal objeto, el artículo 43 de la LSGR comienza por disponer que: “La Junta Directiva de las Sociedades de Garantía estará integrada por un Presidente y un mínimo de tres y un máximo de siete directores propietarios, todos con sus respectivos suplentes, debiendo existir una participación igual de Socios Partícipes y Socios Protectores. En caso de empate el Presidente tendrá voto de calidad”

De otro lado, el artículo 44 de la LSGR salvadoreña en lo que denomina como “*competencia*”, delimita el ámbito preciso de este segundo órgano social, al señalar un extenso y completo listado en torno a lo que la Junta directiva puede realizar, y disponer al efecto que: “Será competencia de la Junta Directiva de la Sociedad: a) Decidir sobre la admisión de nuevos socios conforme a lo establecido en los estatutos de la sociedad; b) Fijar las normas con las que se regulará el funcionamiento de la Junta Directiva y realizar los actos necesarios para el logro del objeto social; c) Fijar la cuantía máxima de garantías a otorgar durante el ejercicio; d) Fijar la tasa de referencia y los porcentajes de las comisiones por los servicios a prestar, así como los máximos y mínimos que podrán cambiar por acuerdo de la misma Junta Directiva; e) Determinar las inversiones a realizar con el patrimonio de la sociedad, en el marco de las pautas fijadas por la presente Ley; f) Establecer las condiciones que tendrá que cumplir el socio para obtener la garantía y fijar

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

las normas y procedimientos aplicables para la contragarantía, referida en la presente Ley; g) Otorgar o denegar garantías a los Socios Partícipes; h) Someter a la aprobación de la Junta General Ordinaria los estados financieros y proponer la aplicación de los resultados del ejercicio; i) Autorizar al representante legal de la sociedad para que otorgue poderes generales y especiales, ya sean éstos administrativos, mercantiles o judiciales; j) Autorizar el pago o la aplicación de las deudas y de las solicitudes de las aportaciones, previa autorización de la Junta General, manteniendo los requisitos mínimos de solvencia; k) Autorizar el traspaso de participaciones sociales; l) Aprobar la creación y las normas de funcionamiento de los Comités de Gestión, en donde se represente a socios partícipes y protectores de forma igualitaria; m) Nombrar al auditor interno, gerentes y demás ejecutivos de la Sociedad; n) Excluir a un socio cuando la causa de exclusión consista en el incumplimiento por parte del socio de las obligaciones garantizadas por la sociedad; y ñ) Otras funciones establecidas por los estatutos de cada Sociedad de Garantía.”

A partir de lo expuesto, es posible apreciar que el legislador salvadoreño continúa con las tendencias española y argentina sobre el particular- y reconoce al menos siete asuntos que serían de competencia exclusiva de su Junta directiva, o sea reconoce al menos siete materias que dan cuenta de actividades que se encuentran directamente relacionadas con el sistema de sociedades de garantía recíproca, a saber; la de las letras c),d), f),g) j),l),n) del referido artículo 44.

3.7.3.2.1 Requisitos para ser Director de la Junta directiva de la SGR salvadoreña.

Continuando con el análisis en torno a la Junta directiva de la SGR salvadoreña, nos corresponde abordar la forma en que su respectivo legislador trató los requisitos para ser nombrado como Director de la misma.

Con tal objeto, el artículo 46 de la LSGR salvadoreña- siguiendo con la tendencia trazada precedentemente por la ley 1/1994- señala que: “Todos los miembros de la Junta Directiva de la Sociedad de Garantía deberán ser socios de reconocida honorabilidad,

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

debiendo contar con conocimientos y experiencia en materia financiera y administrativa. El Presidente y su respectivo suplente deberán acreditar además, como mínimo, tres años de experiencia en cargos de dirección o administración superior en instituciones del sistema financiero”.

3.7.3.2.2 Obligaciones y Responsabilidades de los Directores de la Junta directiva.

Un último y final aspecto que cabe resaltar en la regulación de la Junta directiva en la LSGR salvadoreña, se refiere a lo que su artículo 45 denomina como “*Obligaciones y Responsabilidades de los Directores*”

Para ello, la citada norma dispone que: “Los directores o administradores de las Sociedades de Garantía, en todo momento deberán velar por que las garantías se otorguen bajo criterios de eficiencia administrativa y legalidad, serán responsables de la administración de la Sociedad de garantía, como buenos comerciantes en negocio propio”

En nuestra opinión, esta norma resulta especialmente interesante ya que da cuenta de manera expresa de los parámetros a los cuales los Directores de la Junta directiva- en tanto administradores de la SGR, se encuentran sujetos en el cumplimiento de sus labores de administración.

Es más, creemos que esta norma salvadoreña viene a agregar elementos fundamentales en torno a lo que un buen gobierno corporativo puede y debe exigir por parte de quienes resulten ser los encargados de velar por una correcta y diligente administración de la sociedad de garantía recíproca.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Ahora bien, lo anterior no obsta a reconocer que para el caso del resto de las legislaciones iberoamericanas que no cuentan con una norma expresa de esta naturaleza, dichas obligaciones de administración son también perfectamente obtenibles a partir de una aplicación extensiva, de lo que a su vez la ley de sociedades anónimas respectiva haya dispuesto para los Directores de la SA.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.7.3.3 Comité de auditoría y auditores externos de la SGR salvadoreña.

Tal como enunciamos precedentemente, el legislador salvadoreño-al igual que su par argentino, reconoce la existencia de un tercer órgano social de la SGR, al cual le encomienda la fiscalización de ésta y lo denomina “*comité de auditoría*”.

De la misma forma, y a través de la regulación de los denominados *auditores externos*, reconoce que dicha labor de fiscalización que realiza el comité de auditoría, debe necesariamente estar relacionada con el control de índole administrativo que por su parte, le corresponde efectuar a la autoridad, a través de su respectiva Superintendencia del Sistema Financiero Salvadoreño.

3.7.3.3.1 El Comité de auditoría en tanto órgano fiscalizador de la SGR salvadoreña. Composición y funciones.

En lo que guarda relación precisa con el Comité de auditoría, el inciso primero del artículo 51 de la LSGR salvadoreña, es quien comienza su regulación al disponer que: “Las Sociedades de Garantía tendrán un órgano de fiscalización denominado Comité de Auditoría, integrado por un mínimo de dos y un máximo de cuatro personas designadas por la Junta General Ordinaria. Los Socios Partícipes y Protectores tendrán el mismo número de representantes en este Comité”¹⁸⁶

Por su lado, la parte final del inciso segundo del referido artículo 51 de la LSGR salvadoreña, reconoce una cierta supeditación de la labor de fiscalización orgánica que cumple el Comité de auditoría, a lo que al efecto disponga la autoridad administrativa, al señalar que: “La Superintendencia emitirá las disposiciones que regulen el funcionamiento del Comité de Auditoría”.

¹⁸⁶ A mayor abundamiento, el inciso segundo agrega que los requisitos para ser miembro del Comité de Auditoría son: “a) Contar con una calificación "A" o "B" en las deudas vigentes con Bancos y demás instituciones financieras, en su caso; y b) No tener cargos ejecutivos dentro de las Sociedades de Garantía”.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

A partir de lo expuesto, cabe volver a mencionar nuestra inquietud, en orden a la labor de fiscalización que le corresponde efectuar a la Superintendencia del sistema financiero salvadoreño, y en particular, a la dictación de las disposiciones que regulen el funcionamiento de su Comité de Auditoría, ya que entendemos que ello no debiese afectar el grado de autonomía que dicho comité tendría que poseer, en tanto órgano social de su respectiva SGR.

Respecto a las “*funciones del comité de auditoría*”, el artículo 52 de la SGR salvadoreña nos detalla tres grandes tareas que debe cumplir este órgano de control de la SGR, al disponer que: “Son atribuciones del Comité de Auditoría: a) Velar por el cumplimiento de la Ley, de los acuerdos de la Junta General, Junta Directiva y de las disposiciones que emita la Superintendencia; b) Dar seguimiento a los informes del auditor interno, externo y de la Superintendencia, para que subsanen las observaciones que éstos formulen; y c) Colaborar en el diseño y aplicación del control interno y proponer las medidas correctivas pertinentes”.

Tal como puede apreciarse, al *comité de auditoría* salvadoreño se le encomienda efectuar un correcto y oportuno control interno de su SGR, a través del cumplimiento de lo que tanto su LSGR, como asimismo su Junta General, Junta Directiva y como también era de esperarse, su Superintendencia del Sistema Financiero hayan dispuesto al efecto.

3.7.3.3.2 Los auditores externos de la SGR Salvadoreña.

Tal como enunciamos, el legislador salvadoreño entiende que la labor de fiscalización del comité de auditoría, debe necesariamente ser complementada por el trabajo que a su vez deben efectuar los denominados “*auditores externos*” de su SGR.

Con tal objeto, el artículo 48 de la LSGR salvadoreña señala que: “Todas las cuentas y operaciones de las Sociedades de Garantía deberán ser dictaminadas anualmente

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

por un auditor externo que sea persona natural o jurídica, que se encuentre autorizado y registrado por la Superintendencia”¹⁸⁷.

Sobre este último punto, es posible volver a reconocer la gran competencia que la LSGR salvadoreña le entrega a su respectiva Superintendencia, ya que si dicho organismo tenía una clara injerencia en el control interno de su SGR, lo mismo vuelve a ocurrir ésta vez con su control externo, ya los auditores externos necesariamente deberán estar registrados y autorizados por dicho organismo.

De ahí que puede apreciarse, que al igual que en el caso del comité de auditoría, la labor que deben cumplir los auditores externos también va quedar supeditada al final de cuentas, a lo que autorice y registre por su parte la Superintendencia del sistema financiero salvadoreño.

3.8 Es una sociedad sometida a la autorización y supervisión de la autoridad administrativa.

La exposición de motivos de la ley 1/1994, señala que otra de las modificaciones fundamentales que ella introdujo con relación a lo que originalmente había dispuesto el Real Decreto 1885/1978, consistió en el establecimiento de una autorización administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda para la Constitución de las Sociedades de Garantía Recíproca.

A mayor abundamiento, la exposición de motivos reconoce que el antiguo Real Decreto de 1978 admitía en cambio la creación libre de Sociedades de Garantía Recíproca,

¹⁸⁷ Finalmente, el artículo 49 nos detalla lo que denomina como el parámetro o margen de razonabilidad al cual deben someter su trabajo los auditores externos. Para ello dispone que: “La auditoría deberá establecer la razonabilidad de la gestión administrativa, demostrar su situación económica y analizar todos los medios operativos, los estados financieros y la gestión gerencial de la Sociedad de Garantía. Sus actuaciones se realizarán de acuerdo con las normas internacionales de contabilidad, las normas emitidas por la Superintendencia, las normas de auditoría generalmente aceptadas y su uniforme aplicación”.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

reservando la autorización de existencia, sólo para aquellos casos en que se fuera a disfrutar de determinados beneficios fiscales y administrativos.

Por lo mismo, la exposición de motivos de la ley 1/1994 aclara que con la modificación, la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda se vincula ahora a la “Nueva noción que da el artículo primero de la Ley de las Sociedades de Garantía Reciproca, según el cual, las pequeñas y medianas empresas pueden constituir este tipo de sociedades”.¹⁸⁸

En virtud de lo expuesto, es que otra de las características propias que cabría reconocer en lo que sería una SGR iberoamericana, es precisamente que se trata de un tipo social que se encuentra sometido a la autorización, control y supervisión administrativa de la autoridad de gobierno y/o financiera correspondiente a cada realidad.¹⁸⁹

3.8.1 La autorización de existencia y supervisión administrativa en la SGR española.¹⁹⁰

Tal como se enunciara previamente, la ley 1/1994 reconoce la existencia de dos tipos de controles de la autoridad administrativa sobre su SGR.¹⁹¹

¹⁸⁸ Para una mayor comprensión de esta materia, recomendamos al lector ver, De la Fuente Cabrero, Concepción; “Sociedades de garantía recíproca: entidades financieras en el sistema financiero Español”, Villaviciosa de Odón, Madrid, 2002. Ob.cit.

¹⁸⁹ Tal como veremos a continuación, la autoridad administrativa en cada una de las distintas legislaciones iberoamericanas presenta dos grandes campos de acción para efectuar su cometido. Por una parte, efectúa todo un control en torno a la autorización de existencia de las respectivas SGR, y por otro lado- se agrega todo una amplia supervisión administrativa de todo aquello que guarde relación con el establecimiento y modificación de las normas de contabilidad y los modelos a los cuales deberá ajustarse la información contable de las respectivas sociedades de garantía recíproca.

¹⁹⁰ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994.

¹⁹¹ A propósito de la *supervisión estatal* a la cual se encuentra sometida la SGR española, D. Enrique Gómez Jiménez, en su citada obra “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, entiende que: “El control estatal de las S.G.R. (en su calidad de entidades financieras) tiene su origen en las defensas de los intereses de las personas ligadas a este tipo de sociedades por una relación contractual determinada. Los fines perseguidos con el establecimiento de este tipo de control gira en torno a dos objetivos: a) La garantía pública del respeto por parte de la sociedad a los derechos de los socios y terceros, garantizándose además, que las sociedades harán frente a los compromisos adquiridos por la concesión de avales. b) Indirectamente, el apoyo

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Por una parte, los artículos 12 a 14 del capítulo segundo de su LSGR- denominado “*De la Fundación de la Sociedad de Garantía Recíproca*”, establecen en su sección primera- una serie de requisitos que la sociedad de garantía recíproca española debe necesariamente cumplir ante la autoridad administrativa, para efectos de contar con su debida autorización de existencia e inscripción en los registros mercantiles correspondientes.

De otro lado, el capítulo décimo de la ley 1/1994 denominado “*De la supervisión administrativa, del régimen sancionador y de los beneficios fiscales de las sociedades de garantía recíproca*”, y más particularmente los artículos 65 y 66 de la LSGR, nos detallan

a la financiación de la PYME, en cuanto el sistema de avales y cauciones prestadas por las S.G.R redundarán en un acceso más fluido de éstas al crédito. La búsqueda de estos fines se circunscribe a un proceso de intervención encomendada al Ministerio de Economía y que se concreta en cuatro aspectos: a) Jurídico, en cuanto corresponde al Ministerio de Economía tanto al aprobación de los estatutos sociales, como los modelos de los contratos y las condiciones generales de las operaciones de garantía. Asimismo, le corresponde la aprobación de los modelos de balance y cuentas anexas. b) Financiero, según se desprende de las facultades inspectoras previstas en el artículo 54 del R.D., donde se dice textualmente: “Corresponde al Ministerio de Economía, en colaboración con el Ministerio o Ministerios en cuyo ámbito de competencia se sitúan las actividades empresariales de los socios partícipes, la vigilancia e inspección de las S.G.R, inscritas en el Registro Especial. Estas sociedades remitirán a los Ministerios mencionados el balance anual y demás documentos contables aprobados por la Junta General, certificaciones de los restantes acuerdos de la misma, y relaciones anuales de movimiento de socios y garantías otorgadas por la sociedad. Estarán igualmente obligadas a aportar cuantos datos y documentos sean precisos para comprobar que su funcionamiento y operaciones se ajustan a las normas legales”. c) Económico, en función del sometimiento de las entidades a la tutela del Ministerio por el artículo 53 del R.D se le conceden las siguientes facultades: 1. Determinar la cuantía máxima de las deudas garantizables por las S.G.R., así como el plazo máximo de su amortización. 2. Fijar el porcentaje mínimo que, en relación con la cuantía de la deuda garantizada, deberá aportar el socio partícipe al Fondo de Garantía. 3. Determinar los Valores y proporción en que deberá invertirse el capital social, las reservas y el Fondo de Garantía. d) Técnico, ya que el desarrollo normativo de todos los aspectos técnicos ha quedado encomendado, mediante el artículo 53, al referido Ministerio: “Las Facultades mencionadas en el presente artículo deberán ejercerse atendiendo a las peculiaridades del sector de actividad económica en el cual haya de actuar cada sociedad, a cuyos efectos el Ministerio de Economía habrá de requerir, con carácter preceptivo, el informe previo del Ministerio o Ministerios en cuyo ámbito de competencia hayan de situarse las actividades empresariales de los socios partícipes”. Como puede apreciarse, el sistema instaurado se extiende a toda la vida de la sociedad, tanto a los momentos previos a la constitución como durante la actuación y liquidación. Así, cabe hablar de un control a priori, que se refleja en la obligada representación, previa a la constitución de la sociedad, del proyecto de escritura y Estatutos, y en la necesidad de acogerse a los modelos de balance y contratos previamente aprobados, etc. Y de un control a posteriori, en virtud de todo el seguimiento de la actividad desarrollada por la sociedad a lo largo de su vida social. Incluso el proceso de liquidación, si llega, está sujeto a control ministerial según se deduce del punto sexto del artículo 53: “Corresponde al Ministerio de Economía nombrar un representante que presida la Comisión Liquidadora de las sociedades que se disuelvan”. ”. Gómez Jiménez, Enrique M, “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, Universidad de Granada, Biblioteca de Ciencias Económicas y Empresariales, 1994. Ob.cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

una serie de exigencias que tanto el Ministerio de Hacienda y Economía español como asimismo el Banco de España, pueden y deben exigir de parte de sus respectivas sociedades de garantía recíproca.

3.8.1.1 Autorización de existencia y Registro a los cuales debe someterse la SGR española.

3.8.1.1.1 Autorización de existencia de la SGR española.

El artículo duodécimo de la LSGR española, denominado “*autorización del Ministerio de Economía y Hacienda*”, regula en base a cuatro aspectos distintos- cuáles son los pasos que necesariamente debe cumplir la SGR para obtener de parte de la autoridad administrativa correspondiente su autorización de existencia.

El primer aspecto, apunta a la ya esbozada amplísima competencia que tiene la autoridad administrativa sobre el particular- y en virtud de lo cual se reconoce que: “Corresponderá al Ministerio de Economía y Hacienda la autorización para la creación de las Sociedades de Garantía Recíproca”.

De otro lado, el numeral segundo del citado artículo décimo segundo, nos detalla cuáles son en concreto los pasos que debe seguir la solicitud de autorización de existencia de la SGR para terminar siendo aceptada.

Con tal objeto, el numeral segundo señala que previo a la constitución de la sociedad deberán presentarse en el Ministerio de Economía y Hacienda, los siguientes instrumentos, a saber; a) Un proyecto de los estatutos sociales de la SGR. b) Un programa de actividades de la SGR, en el que de modo específico deberá constar el género de operaciones que se pretenden realizar y la estructura de la organización de la sociedad. c) Una relación de los socios que han de constituir la SGR, con indicación de sus participaciones en el capital social y finalmente, d) Una relación de personas que hayan de

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

integrar el primer Consejo de Administración de la SGR y de quienes hayan de ejercer como Directores generales o asimilados de la SGR, con información detallada de la actividad profesional de todos ellos.¹⁹²

3.8.1.1.1 Denegación de la solicitud de autorización de existencia de la SGR española.

El número tres del artículo décimo segundo, es quien se refiere a la denegación de la autorización de existencia por parte de la autoridad administrativa, al señalar al efecto que: “La autorización sólo podrá ser denegada, mediante resolución motivada, cuando la proyectada sociedad de garantía recíproca no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley, o no ofrezca garantías suficientes para un adecuado cumplimiento de su objeto social”.

A partir de lo expuesto, resulta posible determinar cuales son en concreto, los requisitos para que una solicitud autorización de existencia pueda ser denegada por parte del Ministerio de Economía y Hacienda;

- a) La denegación que entregue el Ministerio de Economía y Hacienda debe hacerse mediante “*resolución fundada*”.
- b) Dichos fundamentos para denegar la solicitud de autorización de existencia, pueden estar referidos a dos circunstancias bien precisas en la LSGR española.

¹⁹² Como corolario, el referido numeral segundo del artículo décimo segundo de la LSGR española, nos entrega dos elementos muy importantes en la tramitación de la solicitud. Por un lado, refuerza la amplia competencia que sobre el particular entiende que debe poseer el Ministerio de Economía y Hacienda, al disponer que: “En todo caso, cabrá exigir a los promotores cuantos datos, informes o antecedentes se consideren oportunos para verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en esta Ley”. De otro lado, establece plazos ciertos de respuesta para la solicitud de autorización de existencia, al señalar que : “La solicitud de autorización deberá ser resuelta dentro de los tres meses siguientes a su recepción en el órgano competente del Ministerio de Economía y Hacienda, o al momento en que se complete la documentación exigible, y, en todo caso, dentro de los seis meses siguientes a su recepción, previo informe del Banco de España y de la Comunidad Autónoma donde la sociedad pretenda establecer su domicilio social, entendiéndose denegada si no hubiera recaído resolución expresa transcurrido ese período”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- c) La primera de ellas, se refiere a una falta de ajuste legal por parte del proyecto de SGR presentado en virtud de lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 12.

- d) La otra razón fundada en virtud de la cual se puede denegar una solicitud de autorización de existencia, radica en una falta de ofrecimiento de garantías suficientes por parte de la SGR- de tal magnitud, que en opinión del Ministerio de Economía y Hacienda español, no permitiría entregar un adecuado cumplimiento a su objeto social de afianzamiento.

Sobre este punto, resulta justo reconocer el mérito que presenta la LSGR española, ya que no le deja un gran margen de discrecionalidad a su Ministerio de Economía y Hacienda a la hora de denegar las respectivas solicitudes de autorización de existencia que puedan presentarle las SGR.

A mayor abundamiento, estimamos que dicha circunstancia es de trascendental importancia ya que de esta forma, se delimita la labor de fiscalización que en propiedad le corresponde cumplir a la autoridad administrativa, pero no alcanza ni se inmiscuye en la justa y necesaria autonomía que debe poseer la SGR en tanto tipo social construido al fin de cuentas a partir de un acuerdo de voluntades comunes que se plasman en el pacto social de constitución de la SGR, o en su caso- a través de las correspondientes modificaciones sociales que se vayan celebrando con posterioridad.¹⁹³

3.8.1.1.2 Revocación de autorización de existencia de la SGR española.

Finalmente, el numeral cuarto del citado artículo duodécimo- se refiere a los casos en que se podría válidamente revocar una autorización de existencia ya entregada, y para lo cual dispone que: “El Ministerio de Economía y Hacienda podrá revocar la autorización,

¹⁹³ Es más, en el punto cuarto del presente capítulo- tendremos la oportunidad de comprobar que la fijación del ámbito de autonomía que debe poseer la SGR, ha sido un tema controvertido y resuelto por los propios tribunales de justicia españoles. Vid.infra. Páginas 157 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

además de en los supuestos de infracciones muy graves, cuando la sociedad no hubiera iniciado sus actividades transcurrido un año desde la fecha de su autorización, o cuando, una vez iniciadas, las interrumpa por el mismo período de tiempo. También podrá acordarse la revocación a petición de la propia sociedad”¹⁹⁴

3.8.1.1.2 Registros a los cuales debe someterse la SGR española.

Junto a la autorización de existencia a la cual debe someterse la SGR, cabe imponerle una segunda obligación de índole administrativa- que complementa la primera, y que apunta al deber que tiene la SGR de efectuar dos registros públicos para poder entrar a desarrollar efectivamente sus actividades.

La primera obligación de registro es a lo que el artículo 13 de la LSGR española denomina como “*Constitución y adquisición de la personalidad jurídica*”, y en virtud del cual: “La sociedad de garantía recíproca se constituirá mediante escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil acompañada de la correspondiente autorización del Ministerio de Economía y Hacienda. Con la inscripción adquirirá la sociedad de garantía recíproca su personalidad jurídica”¹⁹⁵

Por su parte, y de conformidad al artículo décimo cuarto de la LSGR española- en sus dos numerales, se reconoce la existencia de un segundo “*Registro especial del Banco de España*”.

¹⁹⁴ Al respecto, cabe señalar que si bien es cierto que la revocación de autorización de existencia a diferencia de lo que ocurre con la denegación de solicitudes de autorización, si presentaría en la especie, un margen amplio de discrecionalidad para la autoridad administrativa- en tanto queda sujeto en definitiva a que nos encontremos frente a infracciones de carácter muy grave- entendemos que ello se encontraría plenamente justificado en la búsqueda de la certeza jurídica que sobre el particular perseguiría el legislador español, tanto en lo que se refiere al efectivo inicio como asimismo al continuo ejercicio de las operaciones sociales y/o giro de la SGR.

¹⁹⁵ A partir de los términos utilizados por el legislador español, se refuerza nuestra tesis en orden que la solicitud de autorización de existencia no debe influir en la necesaria autonomía con la cual debe contar el pacto de constitución social de la SGR. Es más, y a partir de lo expuesto- queda claro que es la inscripción en el Registro mercantil y no el otorgamiento de autorización de existencia por parte de la autoridad administrativa, lo que realmente permite poder sostener que la SGR nace a la vida del derecho como un ente independiente y distinto de sus miembros individualmente considerados.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Para ello, el numeral primero del citado artículo catorce dispone que : “La sociedad de garantía recíproca, una vez inscrita en el Registro Mercantil, deberá inscribirse en el Registro Especial del Banco de España”, y posteriormente agrega: “Igualmente, sus administradores y directivos deberán inscribirse en el correspondiente Registro de Altos Cargos del Banco de España”¹⁹⁶

3.8.1.2 Supervisión administrativa de la SGR española.

Tal como enunciamos precedentemente, junto a la autorización de existencia y respectivo registro a las cuales deben someterse la SGR españolas, el capítulo décimo de la ley 1/1994 denominado “*De la supervisión administrativa, del régimen sancionador y de los beneficios fiscales de las sociedades de garantía recíproca*”, y más particularmente los artículos 65 y 66 de la LSGR española, establecen en concreto, el ámbito de competencia que tanto el Ministerio de Economía y Hacienda como asimismo el Banco de España deben ejercer sobre la SGR.¹⁹⁷

En primer término, el artículo 65 en lo que denomina lisa y llanamente como “*Supervisión administrativa*”, señala que: “Sin perjuicio de las demás facultades que le corresponden de acuerdo con los Artículos anteriores de esta Ley, se faculta al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Instituto de Contabilidad y Auditorías de Cuentas, para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a los que

¹⁹⁶ Como corolario, el numeral segundo del artículo 14 establece el efecto que se deriva por el fiel cumplimiento de esta doble obligación registral al señalar que: “La inscripción en los registros antes mencionados será requisito indispensable para que las Sociedades de Garantía Recíproca puedan desarrollar sus actividades”.

¹⁹⁷ Con relación a esta temática, el Profesor Reyes Palá Laguna; sostiene que: “Fue en 1988 cuando el artículo 43.1 LDIEC, en su redacción originaria atribuyó por primera vez al Banco de España el control e inspección de las sociedades de garantía recíproca y de las sociedades de reafianzamiento. El establecimiento de los nuevos controles no dejó de surtir efecto. En opinión de Bercovitz, una de las causas de la Ley comentada fue precisamente la constatación del incumplimiento generalizado de la normativa que realizó el banco de España, cuando comenzó a inspeccionar a las sociedades de garantía recíproca, incumplimiento que al parecer era especialmente grave en lo que se refiere a las normas que regulaban el fondo de garantía.” Palá Laguna, Reyes; “Fórmulas renovadas de financiación de la Pyme: algunos aspectos del régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca”, Derecho de Sociedades; Libro Homenaje Sánchez Calero, Tomo IV. Página 4242.Ob.cit

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

deberá ajustarse la información contable que las Sociedades de Garantía Recíproca, deberán suministrar a las autoridades administrativas encargadas de su control, así como la frecuencia y el detalle de acuerdo con los que deberá suministrarse dicha información”¹⁹⁸

A partir de lo expuesto, se puede apreciar que junto al control a priori que sobre la SGR efectúan los Ministerios de Economía y Hacienda españoles, al autorizar, denegar, y en su caso revocar su autorización de existencia, la LSGR agrega este segundo control que alcanza todo el período operativo de la SGR y en virtud del cual, al Ministerio de Economía y Hacienda se le faculta para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a los que deberá ajustarse la información contable que las Sociedades de Garantía Recíproca, deberán suministrar a las autoridades administrativas encargadas de su control, así como la frecuencia y detalle con los que deberá suministrarse dicha información.

De otro lado, el artículo 66 de la LSGR se encarga de regular las “*Competencias del Banco de España*”, al disponer que: “De conformidad con lo dispuesto en esta Ley, será competencia del Banco de España el registro, control e inspección de las Sociedades de Garantía Recíproca y de las sociedades de reafianzamiento”.¹⁹⁹

¹⁹⁸ De la misma forma, el numeral segundo del citado artículo 65 complementa las facultades que el Ministerio de Economía y Hacienda tiene sobre la SGR, al disponer que: “En el ejercicio de sus facultades, el Ministro de Economía y Hacienda deberá atender a las peculiaridades del sector de actividad económica en el que haya de actuar cada sociedad de garantía recíproca, debiendo requerir a esos efectos el informe previo del Ministerio o Ministerios y Comunidad Autónoma en cuyo ámbito de competencia hayan de situarse las actividades económicas de los socios, así como del organismo público competente en materia de pequeña y mediana empresa industrial”

¹⁹⁹ Finalmente, el numeral segundo del citado artículo 66 nos entrega una norma de corte procedimental, al aclarar que: “Las resoluciones del Banco de España en el ejercicio de la competencia a que se refiere el apartado anterior serán recurribles ante el Ministro de Economía y Hacienda, con arreglo a lo dispuesto en los Artículos 114 a 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.8.2 La fiscalización, autorización, y supervisión administrativa de la superintendencia salvadoreña.²⁰⁰

Una segunda realidad iberoamericana que estimamos necesario abordar, se refiere a la triple regulación que efectúa la LSGR salvadoreña.

En efecto, el legislador salvadoreño reconoce que en materia de control por parte de su respectiva autoridad administrativa, es posible distinguir entre la fiscalización, la autorización de existencia, y la supervisión administrativa que a la denominada Superintendencia del sistema financiero salvadoreño, le corresponde efectuar sobre cada una de sus sociedades de garantía recíproca.

3.8.2.1 Fiscalización de la Superintendencia sobre la SGR salvadoreña.

En primer lugar, encontramos la fiscalización que la denominada Superintendencia del Sistema Financiero Salvadoreño realiza sobre su SGR.

Con tal objeto, el artículo cuarto de la LSGR salvadoreña le entrega un amplísimo ámbito de competencia a dicho organismo administrativo, al disponer al efecto que: “La Superintendencia fiscalizará las Instituciones que componen el Sistema, así como el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y normativas que le son aplicables”.²⁰¹

²⁰⁰ Decreto Legislativo número 553, de fecha 20/09/2001. Publicado en el Diario Oficial número 199 de fecha 22/10/2001. Reformado por D.L. N° 821, del 19 de abril del 2002, publicado en el D. O. N° 89, Tomo 355, del 17 de mayo del 2002. Ob.cit.

²⁰¹ Así como en su oportunidad, alabamos la forma en que el legislador español delimitó el ámbito de competencia de sus órganos administrativos, de la misma forma creemos que normas de competencia tan amplia como la descrita, pueden generar lamentablemente una serie de actuaciones discrecionales y antojadizas por parte de la autoridad administrativa, que en nuestra opinión, no se condecirían con la autonomía que debería tener la SGR.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.8.2.2 Autorización de existencia en la SGR salvadoreña.

En segundo término, el legislador salvadoreño continuando la senda trazada por su par español, establece en el artículo 32 de su LSGR, los requisitos que deberá cumplir la solicitud que se deberá presentar ante su Superintendencia, a objeto de poder constituir una Sociedad de Garantía Recíproca.

Para tales efectos, el citado artículo 32 dispone que: “Para constituir una Sociedad de Garantía los interesados deberán presentar a la Superintendencia su solicitud acompañada de la siguiente información: a) Proyecto de escritura de constitución en la que se incorporarán los estatutos sociales; b) Esquema de organización y administración de la sociedad; c) Las bases financieras de las operaciones que proyecta desarrollar; d) El programa de actividades, en el que de modo específico deberá constar las operaciones que se proyectan realizar; e) Requisitos de los socios que han de constituir la sociedad, con indicación de sus participaciones en el capital social; f) Listado de los socios fundadores incluyendo el monto de sus respectivas suscripciones y sus generales, el cual será certificado por una firma de Auditores Externos; y g) Las generales de los directores iniciales, indicando la experiencia de éstos últimos, con información detallada de su actividad empresarial, así como la información necesaria para verificar que no se cumple con las inhabilidades definidas en el artículo 47”²⁰²

Como corolario, el inciso final del artículo 32 se refiere a la denegación de autorización de existencia, estableciendo al efecto que: “La autorización sólo podrá ser denegada, mediante resolución razonada, cuando la proyectada Sociedad de Garantía no se

²⁰² Por su lado el inciso segundo del citado artículo 32, ampliando aún más las competencias de la Superintendencia señala que: “Asimismo, la Superintendencia podrá exigir a los interesados, en el plazo de treinta días contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, ampliación de la información a que se refiere el presente artículo. La solicitud de autorización deberá ser resuelta dentro de sesenta días calendarios siguientes a la recepción de toda la documentación exigible por la Superintendencia, caso contrario se tendrá por aprobada”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

ajuste a lo dispuesto en la presente Ley, o no ofrezca garantías suficientes para un adecuado cumplimiento de su objeto social”.²⁰³

En lo que guarda relación con la revocatoria de la autorización de existencia, el artículo 33 de la LSGR salvadoreña dispone que: “La Superintendencia podrá revocar la autorización, en los siguientes casos: a) Por infracciones muy graves, de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia; b) Cuando la sociedad no hubiere iniciado sus actividades transcurrido un año desde la fecha de su autorización; c) A petición de la propia sociedad; y d) Insolvencia no subsanada en el plazo señalado por la Superintendencia”.²⁰⁴

A partir de lo expuesto, puede apreciarse que la regulación de la revocación de autorización de existencia en la legislación salvadoreña, se encuentra claramente influenciada por la ley 1/1994, ya que salvo la causal de revocación de autorización de existencia que incorpora la letra d), en las otras tres hipótesis- nos encontramos prácticamente frente a las mismas situaciones que las establecidas al efecto por el legislador español, en el artículo 12 de su LSGR.

²⁰³ A partir de los términos descritos, resulta evidente apreciar la influencia que el legislador español tuvo sobre su par salvadoreño a la hora de regular los casos en que sería procedente la denegación de la autorización de existencia por parte de su respectiva autoridad administrativa.

²⁰⁴ Respecto a la constitución y obtención de personalidad jurídica por parte de la SGR salvadoreña, el artículo 34 de la LSGR, también continua la misma tendencia de su par español, en tanto reconoce que el control que efectúa la Superintendencia al respecto es *objetivo*, y más bien de forma en orden velar por que se cumplan una serie de requisitos que la misma ley señala, pero sin que ello afecte la necesaria autonomía que le corresponde tanto al pacto social de constitución como asimismo al cumplimiento de la correspondiente inscripción de los estatutos en el Registro Mercantil para la obtención de su personalidad jurídica. En efecto, el artículo 34 señala que: “El testimonio de la escritura de constitución deberá presentarse a la Superintendencia para que califique si los términos estipulados en los estatutos sociales están conformes a los proyectos previamente autorizados y si el capital social ha sido efectivamente integrado de acuerdo con la autorización. La Personalidad Jurídica de la Sociedad se perfecciona y se extingue, según el caso, por la inscripción en el Registro de Comercio de la escritura respectiva. No podrá presentarse a inscripción en el Registro de Comercio la escritura constitutiva de una Sociedad de Garantía, sin que lleve una razón suscrita de la Superintendencia en la que conste la calificación favorable de dicha escritura”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.8.2.3 Supervisión administrativa en la SGR salvadoreña.

En tercer y último lugar, el legislador salvadoreño también reconoce la existencia de una supervisión administrativa sobre los estados financieros e información contable que la SGR debe entregar tanto a la Superintendencia del sistema financiero salvadoreño, como en su caso también, a los auditores externos que colaboren con ella.

Con tal objeto, corresponde traer primeramente a colación los términos amplios con que el artículo 53 de la LSGR salvadoreña regula la competencia de la supervisión administrativa que posee la Superintendencia del sistema financiero sobre la SGR, al señalar que: “Las Sociedades de Garantía deberán enviar a la Superintendencia, los estados financieros en las oportunidades y forma que ésta señale. La Superintendencia determinará las normas contables aplicables a las Sociedades de Garantías y Reafianzadoras, así como los informes que le deberán suministrar, su frecuencia y contenido”.

Por su parte, y respecto a la labor que les toca cumplir a lo auditores externos que colaboran con la Superintendencia, el artículo 50 de la LSGR salvadoreña- en lo que denomina como “*Requerimientos mínimos*”- agrega que: “Los auditores externos deberán de colaborar con la Superintendencia, a la cual brindarán la información y certificarán sobre los asuntos propios de su labor, que dicho organismo solicite en el desarrollo de su función de fiscalización”²⁰⁵

²⁰⁵ Finalmente, el citado artículo 50 dispone que: “La Superintendencia establecerá los requerimientos mínimos de auditoría que deberán cumplir los auditores externos respecto a las auditorías independientes que realicen en la Sociedad de Garantía. Asimismo, tendrá facultades para verificar el cumplimiento de estos requisitos mínimos”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.8.3 Creación, integración, y atribuciones del denominado Órgano Regulador Nicaragüense.²⁰⁶

La manera en que se regula la actuación de la autoridad administrativa en el caso de la legislación nicaragüense, merece sin lugar a dudas, un estudio y análisis particular.

Así lo entendemos, ya que en la legislación de dicho país al tratar esta temática, se optó por la creación de un órgano administrativo distinto al de sus otros pares iberoamericanos, y al cual se le denominó como “*Órgano regulador*”.

En efecto, el capítulo segundo de la LSGR nicaragüense denominado precisamente como “*órgano regulador*”, comienza por establecer en su artículo tercero, la creación de dicho órgano administrativo, al disponer que: “Se crea la Comisión Interinstitucional de Sociedades de Garantías Recíprocas para las MIPYMEs denominado en adelante como “Órgano Regulador”. La Comisión tendrá a su cargo la aplicación, ejecución y funcionamiento de la presente Ley y su Reglamento, así como la capacitación y el asesoramiento técnico, económico y financiero”

De otro lado, el artículo cuarto de la LSGR nicaragüense determina quienes integran la Comisión Interinstitucional de Sociedades de Garantías Recíprocas para las MIPYMEs salvadoreñas, al disponer que: “El Órgano Regulador estará integrado por un miembro nombrado por el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio (MIFIC), quien lo coordinará, un miembro nombrado por el Banco Central de Nicaragua (BCN) y un miembro nombrado por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SIBOIF). Estos nombramientos deberán efectuarse por el representante de cada una de las instituciones antes mencionadas. Su funcionamiento se determinará en el Reglamento de la presente Ley. El Órgano Regulador operará en el MIFIC, quien le proporcionará el espacio

²⁰⁶ Ley del sistema de sociedades de garantías recíprocas para la micro, pequeña y mediana empresa. Ley Número 663, aprobada el 25 de Junio de 2008, publicada en La Gaceta N° 173 del 08 de Septiembre de 2008.Ob.cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

e infraestructura necesaria. Sesionará por lo menos una vez al mes y sus decisiones se tomarán por mayoría”

Finalmente, cabe recordar que el artículo quinto de la LSGR nicaragüense, nos entrega un completo listado de que son las “*Atribuciones del órgano regulador*”, al señalar al efecto que: “Son atribuciones y funciones del Órgano Regulador, sin perjuicio de las demás que le otorgue la presente Ley y su Reglamento, las siguientes: a) Promover, planificar y ejecutar las políticas nacionales del Sistema de Sociedades de Garantías Recíprocas en beneficio de las MIPYMEs. b) Autorizar la constitución y funcionamiento de las SGR y Sociedades Reavaladoras de Sociedades de Garantías Recíprocas (RSGR). c) Aprobar los cambios y actualizaciones que soliciten las SGR y las (RSGR). d) Velar para que las SGR y las RSGR, cumplan con las disposiciones de la presente Ley; pudiendo por lo menos una vez al año, cuando lo estime conveniente y por medio de inspectores contratados que para tal efecto, realizar inspecciones o auditorías. e) Atender gestiones y consultas de las SGR y las RSGR o de sus socios. f) Requerir, a solicitud de parte o de oficio, documentación para realizar investigaciones en las SGR y las RSGR. g) Asistir, a solicitud de parte o de oficio, a las Asambleas Generales de Socios de las SGR y de las RSGR. h) Llevar estadísticas actualizadas del registro de las SGR y las RSGR. i) Coordinar su labor con otros organismos nacionales e internacionales. j) Aprobar las resoluciones de los Órganos sociales de las SGR y RSGR, así como revocarlas o suspenderlas cuando éstas sean contrarias a la presente Ley y su Reglamento, a los Estatutos Sociales y a sus reglamentos internos. k) Suspender, de oficio o a solicitud de parte que lo justifique, el funcionamiento de las SGR y las RSGR, así como intervenirlas, disolverlas y liquidarlas cuando se compruebe que cometió o comete infracciones o violaciones fragantes a esta Ley y su Reglamento. l) Asistir y auxiliar oportunamente a los socios de las SGR y las RSGR, cuando se considere que se está lesionando los intereses de tipo societario y/o se ponga en grave peligro la propia existencia de la misma. m) Divulgar información de experiencias que fortalezca el derecho y la jurisprudencia de las SGR y las RSGR en Nicaragua. n) Convocar a Asamblea General conforme lo disponga la presente Ley. o) Elaborar investigaciones y estudios orientados a las actividades de las MIPYME's, para promover y

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

formular propuestas que permitan mayor participación de los sectores económicos y financieros en las sociedades creadas por esta ley. p) Dictar las normas prudenciales de carácter general que considere necesarias para la aplicación efectiva de la presente ley. q) Aprobar o denegar la solicitud de distribución de utilidades, que previamente deberán presentar al Órgano Regulador, las SGR y RSGR. r) Contratar por cuenta de las SGR y RSGR auditoría forense. s) Aprobar su presupuesto anual de ingresos y egresos”

A partir de lo dispuesto precedentemente, cabe hacer presente los siguientes alcances;

- a. La regulación que adopta el legislador nicaragüense en materia de autoridad administrativa a la cual se encuentra sometida su SGR, es distinta al del resto de sus pares iberoamericanos.
- b. En dicho sentido, la creación y funciones que le entrega a su denominado “*órgano regulador*”, dan cuenta de atribuciones que escapan por lejos, de lo que debe entenderse como una tarea de fiscalización de índole administrativa, y a la cual debiera quedar sometida su SGR.
- c. Por la misma razón, no nos puede dejar de llamar la atención, no sólo la falta de autonomía a la cual se verá expuesta su respectiva SGR, sino que asimismo la duda razonable que se plantea en orden a que dicho tipo social pueda contar con las herramientas y recursos jurídicos efectivos para poder contradecir cualquier tipo de opinión, regulación o dictamen que no se considere justo o adecuado por parte de la SGR.
- d. En otras palabras, estimamos que el dotar de tan amplios poderes a un órgano de índole administrativo, más que reforzar a su respectiva SGR, la debilita- en tanto la expone gratuitamente y sin la necesaria defensa, a situaciones o decisiones que pueden no siempre ir en su beneficio.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.8.4 La autoridad de aplicación uruguaya.²⁰⁷

Finalmente, cabe recordar que el inciso final del citado artículo 16 de la Ley número 17.243 uruguaya, también le reconoce una labor de supervigilancia a su respectiva autoridad administrativa al señalar que: “La autoridad de aplicación será el Ministerio de Industria, Energía y Minería, en razón de las competencias que le otorgan los artículos 305 a 309 de la Ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990, y la Ley N° 16.201, de 13 de agosto de 1991, y su respectivo Decreto Reglamentario 54/92, de 7 de febrero de 1992, y modificativos.”

3.9 Goza de la consideración de entidad financiera.

Una novena y última nota propia, o si se quiere decir en otras palabras, un último elemento característico que estimamos debería tener una Sociedad de Garantía Recíproca Iberoamericana, consiste en su necesaria consideración como entidad financiera, y bajo lo cual debería entendersele.²⁰⁸

²⁰⁷ Ley N° 17.243 sobre “Servicios públicos y privados, seguridad pública y condiciones en las que se desarrollan las actividades productivas”, publicada en D.O. 6 jul/000 - N° 25554. Ob.cit.

²⁰⁸ Respecto de tanto las modificaciones introducidas por la ley 1/1994, como asimismo de la calificación de las SGR españolas como entidades financieras, el Dr. Pombo González, afirma que: “La ley califica a las Sociedades de Garantía Recíproca como entidades financieras, para avalar y asesorar a pymes, no para comprar y prestar dinero en el mercado. En definitiva, son un complemento de las entidades bancarias, especializadas, en las pequeñas y medianas empresas. Por esta específica naturaleza que las sociedades poseen y dado que va a estar bajo la inspección y control del Bando de España, con una serie de obligaciones de coeficientes de solvencia, sistema de provisiones, etc, esperamos que el próximo desarrollo reglamentario de la ley, que se aprobará en las próximas fechas, quede especificado esta naturaleza, reconociéndose y calificándose el aval de las S.G.R en condiciones similares a las reconocidas para el resto de entidades del sector financiero. Esta calificación de la garantía permitiría que las sgr’s ofrezcan a la entidades de crédito un producto que les permita desarrollar un más intensa y eficaz política crediticia a favor de las pymes. En conclusión de este punto valga reproducir la dicho por la Sra. Rodríguez en el mencionado artículo “Si la interposición de tal garantía (la de la sgr’s) no se ve compensado por la oportuna reducción de costes para las entidades de crédito que la ponderación cualificada de las mismas supone, el aval de las SGR’S en el contexto de un mercado financiero cada vez más integrado, competitivo y eficiente, se vería expulsado del circuito financiero”. Pombo González Pablo, “Las Sociedades de Garantías Recíprocas: una experiencia de financiación de las pymes”, Página 296.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Al efecto, cabe recordar que la exposición de motivos de la ley 1/1994- reconoce esta necesaria consideración, al señalar que se: “Introduce la novedad de calificar a las Sociedades de Garantía Recíproca como entidades financieras. Con ello se clarifica la posición de estas sociedades dentro del sistema financiero y se les aplica la legislación más reciente, especialmente lo dispuesto en la Ley sobre Disciplina e Inspección de Entidades de Crédito.”²⁰⁹

3.9.1 El régimen sancionador español²¹⁰

Tal como enunciamos precedentemente, junto a la autorización de existencia y respectivo registro a los cuales deben someterse la SGR españolas, el capítulo décimo de la ley 1/1994 denominado “*De la supervisión administrativa, del régimen sancionador y de los beneficios fiscales de las sociedades de garantía recíproca*”, y más específicamente el artículo 67 denominado “*Régimen Sancionador*”, les reconoce tanto a las sociedades de

²⁰⁹ Efectivamente, cabe recordar que antes de la entrada en vigencia de la ley 1/1994- no estaba claro si correspondía o no la consideración de las SGR como entidades financieras, y por tanto sujetas a su respectiva regulación. A vía ejemplar, resulta útil traer a colación lo que al efecto se dispuso en un fallo emitido por parte de la Audiencia Provincial de Zaragoza, recaído en juicio ejecutivo y sentencia de fecha 20/05/1991, Ponente: Luis Fernández Álvarez, sección cuarta, y en virtud del cual se desestimó el recurso contra la sentencia que declaró la nulidad del juicio y ordenó el levantamiento de los embargos. En la ocasión, se resolvió que la SGR *no debían ser consideradas como entidades financieras* al disponer que: “Las sociedades de garantía recíproca son entidades mercantiles de carácter personalista y mutual, constituidas por empresarios para facilitar la financiación de las empresas medianas y pequeñas mediante la prestación de las garantías exigidas por las entidades de crédito -No son por tanto entidades de ahorro y financiación y no pueden por tanto hacer uso de la liquidación “ad hoc” prevenida por el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; además, para utilizar este procedimiento es indispensable haberse convenido su empleo, lo que no sucede en el caso enjuiciado.” A mayor abundamiento, estimamos que resulta interesante recordar lo que al efecto se dispuso en el primer fundamento jurídico de la citada sentencia, cuando se señala que: “Las sociedades de garantía recíproca son entidades mercantiles de carácter personalista y mutual, constituidas por empresarios, cuyo objeto exclusivo consiste en prestar garantías por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho a favor de sus socios, para las operaciones que éstas realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares; su finalidad es facilitar la financiación de las empresas pequeñas y medianas mediante la prestación de las garantías exigidas por las entidades de crédito; no conceden ninguna clase de créditos a sus socios, sino que facilitan que éstos los consigan; consecuentemente, no son entidades de crédito, ahorro y financiación y no pueden hacer uso de la liquidación “ad hoc” prevista en el párrafo cuarto del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (véase la exposición de motivos y los artículos 1 y 2 del decreto número 1185/1978, de 26 de julio, así como el artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio)”.

²¹⁰ Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca. Jefatura del Estado. Publicado en el BOE número 61 de 12/3/1994. Ob.cit.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

garantía recíproca como asimismo a las sociedades de reafianzamiento españolas, la calidad de entidades financieras.

Para tales efectos, dispone el citado artículo 67 que: “Las Sociedades de Garantía Recíproca y las sociedades de reafianzamiento, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, estarán sometidos a las normas disciplinarias contenidas en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédito, en la medida en que éstas resulten de aplicación a las características y actividad de las Sociedades de Garantía Reciproca y de las sociedades de reafianzamiento. Las infracciones muy graves y graves también podrán ser sancionadas con la pérdida de los beneficios fiscales contemplados en la presente Ley”.

3.9.2 La consideración de entidad financiera para la SGR Nicaragüense.

En el caso de la LSGR nicaragüense, su artículo denominado “*naturaleza*”, también les reconoce la calidad de entidad financiera a su respectiva SGR, al señalar que: “Las Sociedades de Garantías Recíprocas, que para los efectos de la presente Ley se denominarán “SGR”, tendrán carácter mercantil y se considerarán como entidades financieras de capital variable y deberán ser autorizadas como tales por su Órgano Regulador. Su constitución y funcionamiento se regirá por la presente Ley, el Código de Comercio y demás leyes aplicables a este tipo de sociedades”

4. El trascendental aporte de la jurisprudencia española para el desarrollo de la SGR iberoamericana.

Una vez estudiadas las características propias que a nuestro parecer, tendría una sociedad de garantía recíproca iberoamericana, creemos que resulta interesante abocarnos

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

adicionalmente, al análisis de una serie de fallos que han sido emitidos por los tribunales españoles en materia de sociedades de garantía recíproca.²¹¹

A mayor abundamiento, estimamos que el aporte que nos puede entregar la jurisprudencia española en materia de sociedades de garantía recíproca, resulta de trascendental importancia para el resto de las legislaciones iberoamericanas.

En dicho sentido, creemos que las opiniones e interpretaciones de contenido jurídico que los distintos tribunales españoles han plasmado en sus resoluciones judiciales, refuerzan la clara y notoria influencia que la ley 1/1994 ha tenido, y creemos seguirá teniendo, en la acertada forma en que deben comprenderse una serie de aristas de gran importancia en torno a las sociedades de garantía recíproca existentes en la región.

En efecto, y tal como veremos a continuación- la jurisprudencia española a través de sus fallos, regula e interpreta el verdadero sentido y alcance de materias tan importantes y variadas para el funcionamiento de su SGR, como lo son; una clara determinación de las diferencias entre el contrato de garantía recíproca y el contrato de fianza; los efectos de la calificación de la SGR como entidad financiera o la verdadera naturaleza de la contragarantía que debe presentar el socio partícipe beneficiario, hasta la determinación precisa de las normas contables a las cuales deben sujetarse las SGR o bien, la regulación del ámbito de competencia que le corresponde cumplir a la autoridad administrativa en materia de solicitudes de autorización de existencia y/o modificación de sus estatutos sociales.

A partir de todo lo expuesto, creemos firmemente en la importancia de los distintos fallos que a continuación analizaremos, ya que de una u otra forma, estamos seguros podrán orientar y mejorar a las distintas jurisprudencias locales- tanto judiciales como

²¹¹ Para ello, hemos seleccionado lo que estimamos es la decena más rica en materia de aporte jurisprudencial español sobre sociedades de garantía, desde que entró en vigencia la ley 1/1994.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

administrativas- que se vayan dictando como efecto de la evolución en las diversas sociedades de garantía recíproca de cada realidad en particular.

4.1 La no accesoriedad del contrato de garantía recíproca o aval a primer requerimiento y su diferencia con el contrato de fianza.

El primer aporte que nos entrega la jurisprudencia española, se refiere a la falta de aplicación del principio de no accesoriedad -propio del contrato de fianza civil- tratándose del contrato de garantía recíproca.

Para tales efectos, analizaremos los más importantes fragmentos de dos resoluciones judiciales españolas.

La primera resolución que traeremos a colación, se refiere a una sentencia de la primera sala del Tribunal Supremo, de fecha 17 de febrero del año 200, siendo ponente don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, y en cuya virtud se reconoce de manera expresa que el aval a primer requerimiento prestado por una sociedad de garantía recíproca, se distingue de la fianza por su no accesoriedad.²¹²²¹³

A mayor abundamiento, creemos que resulta sumamente interesante recordar los términos precisos del Segundo Fundamento de Derecho de la referida sentencia, cuando señala que: “SEGUNDO.- El segundo motivo tiene como base el artículo 1.692-4, y en el mismo la parte recurrente afirma que en la sentencia recurrida se han inaplicado los artículos 1.849 y 1.851 del Código Civil, que trata de la extinción de la fianza. Este motivo debe ser desestimado. Efectivamente la base de la sentencia recurrida radica en estimar que

²¹² En virtud de dicha sentencia, se declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la firma AAAAAAAA, S.G.R. frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 7 de noviembre de 1.995.

²¹³ De hecho, en el resumen de dicha resolución se reconoce que: “El contrato autónomo de garantía denominado «aval a primer requerimiento» se caracteriza y distingue del contrato de fianza por su no accesoriedad, lo cual trae como principal consecuencia que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma. No cabe, por consiguiente, el análisis de las excepciones de pago y prórroga como modo de extinción de la garantía”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

la relación contractual que ligaba a las partes estaba constituido por un contrato autónomo de garantía denominado aval al primer requerimiento, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el art. 1255 del Código Civil (así S. 14 de noviembre de 1989) en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código civil, su no accesoriedad, nota a lo que se alude en la sentencia de 11 de julio de 1983, al incidir las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional, entre las nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia, así como la sentencia de 14 de noviembre de 1989, en la que se afirma que toda interpretación que se trate de dar a la palabra garantía en el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica, desvirtúa la naturaleza de la obligación compleja a la que venimos haciendo mérito, de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual, art. 1.258 del Código Civil, se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista. Dicho lo anterior, no cabe lugar a dudas que la parte recurrente, el 16 de junio de 1.992 suscribió documento avalando solidariamente y con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división a la firma CCCCCCCC, S.A. ante la entidad recurrida, hasta el límite de veinticinco millones de pesetas, para responder del pago de los suministros de carburantes, lubricantes y de todos aquellos servicios realizados con la tarjeta DDDDDDDD, tanto en España como en el extranjero, determinándose además que la sociedad avalista pagará y

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

hará efectivo el aval hasta su importe máximo, contra el simple requerimiento; todo ello con validez por un año. Pues bien la sociedad recurrida, requirió el pago a la entidad recurrente de manera telegráfica el 25 de mayo de 1.993 y luego de manera notarial el 10 de junio de 1.993. De todo lo cual se infiere que se dan los requisitos precisos para el triunfo de la pretensión de la parte actora, cuyo fundamento no se encuentra en una situación normal de afianzamiento, que permite el análisis de excepciones de prórroga y de pago como modo de extinción de la fianza”

En segundo término, cabe recordar una segunda resolución que al igual que el fallo precedente, también reconoce en sus considerandos la no aplicación del principio de no accesoriedad de la fianza, cuando se trata del contrato de garantía recíproca.

En concreto, esta segunda resolución judicial se refiere a una sentencia dictada con fecha 15 de enero del año 2001 por la Audiencia Provincial de Asturias, siendo ponente la Ilma. Sra. D Elena Rodríguez Vigil Rubio.²¹⁴

A mayor abundamiento, dicha sentencia resuelve una reclamación que se presentó en un juicio ejecutivo en torno a la diferencia surgida entre la cantidad reclamada y la cantidad realmente adeudada, y donde en definitiva se determinó acoger parcialmente el recurso deducido por DON M.A.M. Y DON J.S.A., contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Oviedo, en autos de juicio ejecutivo a que el presente rollo se refiere, y la cual a su vez revocó parcialmente en el solo extremo de limitar el pronunciamiento de remate contenida en la misma a la

²¹⁴ Se trata de la SENTENCIA N° 12: En el rollo de apelación número. 196/2000, dimanante de los autos de juicio civil ejecutivo, que con el numero. 298/98, se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Oviedo, siendo apelantes D. J.S.A., demandado en Primera Instancia, representado por el Procurador D. SALVADOR SUÁREZ SARO, asistido por el Letrado D. FRANCISCO ALONSO DIAZ, y D. M.A.M., demandado en Primera Instancia, representado por el Procurador D. PLACIDO ALVAREZ-BUYLLA FERNÁNDEZ, asistido por el Letrado D. IGNACIO ALVAREZ-BUYLLA FERNÁNDEZ; y como apelado SOCIEDAD DE GARANTIA RECIPROCA DE ASTURIAS (ASTURGAR), demandante en Primera Instancia, representado por el Procurador D. LUIS VIGIL GARCIA, asistido por la Letrada D ISABEL HERRERO FERNÁNDEZ.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

cantidad de 2.667.522 pías, calculada a fecha 20 de abril de 1998, con mas los ingrese devengados hasta el total pago al tipo pactado del 24%.

Ahora bien, en lo que se refiere en concreto, a la no aplicación del principio de accesoriedad de la fianza al contrato de garantía recíproca o aval a primer requerimiento, cabe traer a colación lo que dispuso su cuarto fundamento de Derecho cuando señala que: “CUARTO.-... Por ello, como los propios recurrentes reconocen, aunque le nieguen toda validez, el acuerdo dejaba constancia de la voluntad de la actora ejecutante de reclamar el total de la deuda pendiente frente a lo fiadores solidarios como así expresamente se hizo constar en el documento de 16 de octubre de 1996 (f.260). En definitiva que aunque efectivamente los citadas 6.000.000 de ptas fueron entregados como pago de la deuda, al no cubrir el total fue parcial, como así resulta del propio informe pericial de auditores aportado por ambos ejecutados con su escrito formalizando la oposición, ratificado en todos sus extremas por la pericial judicial practicada en el juicio, en el que se reconoce que queda pendiente de pago una parte de la deuda. El hecho de que la ejecutante se comprometiera, tras ese abono, a "no reclamar cantidad alguna" a la acreditada, reservándose la reclamación del resto frente a los fiadores, dado que ello se debió a la indiscutida situación de quiebra técnica de la deudora principal, justificarla en este caso la aplicación analógica de la consolidada doctrina jurisprudencial que en estas situación declara subsistente en su integridad la garantía de los fiadores con el contenido pactado, aunque por pacto o convenio con los acreedores la obligación de la deudora principal, en estado de quiebra o suspensión de pagos, resulta reducido o modificada (cf sentencias del TS de 16 de noviembre de 1991, con cita de precedentes). Aunque no se estimara ello así no puede olvidarse que los recurrentes se obligaron frente a la ejecutante en forma solidaria con la deudora principal de la que eran socios, cada uno por un porcentaje, con expresa renuncia a los beneficios de orden, exclusión y división con lo que la fianza perdió ese carácter de accesoriedad invocado que le es característico cobrando autonomía propia (cf en tal sentido sentencias del TS de 3 de febrero de 1990 y 2 de diciembre de 1998, entre otras). Ya por último ninguna prorroga expresa del préstamo consta acreditado existiera y además aunque así hubiera sido ello por si solo no extinguirla en este caso la obligación de los ejecutadas

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

desde el momento en que según la póliza de afianzamiento suscrita (f. 14 vto) "Esta fianza se hace extensiva a cualesquiera prorrogas, renovaciones, novaciones y modificaciones de cualquier tipo, expresas o tacitas, que pudieran producirse en las obligaciones contraídas y que pesen sobre el socio partícipe, por lo que la fianza se considera vigente hasta la total extinción de las obligaciones contenidas, directa o indirectamente, en el presente contrato o en cuantos lo noven o sustituyan".²¹⁵

4.2 Ámbito de aplicación de la resolución de la autoridad administrativa en virtud de la cual se califica de apta a la SGR para avalar ante la Administración de una Comunidad Autónoma.

Tratándose de este segundo principio jurisprudencial, también cabe traer a colación dos resoluciones judiciales diferentes, pero ésta vez recaídas en el mismo caso.²¹⁶

La primera de dichas resoluciones judiciales, corresponde a la sentencia dictada el día 26 de octubre del año 2001, por la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, y siendo ponente el Ilmo. don Francisco José Gómez Cáceres.²¹⁷

A mayor abundamiento, estimamos que para poder comprender de manera adecuada este segundo principio jurisprudencial, resulta necesario recordar los fragmentos más

²¹⁵ Finalmente sugerimos que para un mejor entendimiento de este primer principio jurisprudencial, se pueda consultar también MARIMÓN DURÁ, R., «Consolidación de la jurisprudencia sobre aval a primera demanda. Avaes prestados por sociedades de garantía recíproca y por entidades de seguros (Sentencias de 17 de febrero de 2000 [Civil]. R.A. 1162/2000 y 30 de marzo de 2000 [Civil]. R.A. 2314/2000)», RDM (Sección de Jurisprudencia del T.S.), núm. 238, oct.-dic. 2000, págs. 1910-1923.

²¹⁶ En efecto, la causa en estudio se ventiló en la Comunidad Autónoma de Canarias, y nació a partir de una solicitud presentada por la entidad denominada "Fianzas y Servicios Financieros SGR", a objeto de que se le calificase como apta para avalar ante la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.

²¹⁷ A propósito, cabe añadir que esta primera sentencia se vincula al fallo en virtud del cual el Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, acogió el recurso número 1131/2.000, tramitado por el procedimiento ordinario, y en el que interviene como demandante la entidad "Fianzas y Servicios Financieros, SGR", representada por el Procurador don Ramón Olarte Cullen, asistido de Letrado, y como administración demandada la de la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y defendida por la Sra. Letrada de sus Servicios Jurídicos, siendo la cuantía del procedimiento indeterminada.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

importantes de lo que fueron tanto los antecedentes de hecho, como asimismo los fundamentos de derecho que rodearon a este caso.

Con respecto a los antecedentes de hecho, lo primero que cabe señalar, es que en la especie todo se inició cuando: “Mediante escrito de fecha 27 de enero el año 2.000, la entidad hoy actora, sociedad de garantía recíproca, solicitó a la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias que dictara resolución calificándola como apta para avalar ante la administración de la Comunidad Autónoma de Canarias.”

A propósito, cabe recordar que de conformidad a lo expresado en el segundo antecedente de hecho, la referida solicitud fue desestimada por: “Orden del Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias, de 22 e mayo del año 2.000, al no cumplir la interesada el requisito de contar entre sus socios protectores con entidades de interés público o general con participación en el capital social que en conjunto superen el 20% del mismo; condición prevista en el artículo 2.2.c) del Decreto del Gobierno de Canarias de 18 de diciembre de 1998.”

De la misma forma, pero en lo que guarda relación con los fundamentos de derecho de este primer caso, creemos que resulta especialmente ilustrativo y necesario recordar lo dispuesto en los dos primeros fundamentos de la referida resolución judicial.

Por un lado, el primer fundamento de derecho parte por aclararnos de manera precisa el objeto de discusión en esta litis, cuando señala que: “PRIMERO.- La cuestión litigiosa se reduce, con acusada sencillez, a determinar la conformidad a Derecho del requisito establecido en el apartado c) del artículo 2 del Decreto del Gobierno de Canarias de 18 de diciembre de 1998, por el que se regula el régimen jurídico-administrativo y el apoyo financiero del Gobierno de Canarias a las Sociedades de Garantía Recíproca en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias; requisito aplicable exclusivamente a los supuestos de fianzas y avales que puedan presentarse ante la administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y que consiste en que las sociedades de garantía

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

recíproca tengan entre sus socios protectores entidades de interés público o general con participación en el capital social que en conjunto superen el 20% del mismo”. Por otro, el fundamento segundo nos entrega importantes consideraciones en torno al límite entre las competencias exclusivas que tiene el Estado Español en materia de bases de la orientación del crédito, y el ámbito de aplicación para la legislación de las comunidades autónomas, cuando dispone que: “SEGUNDO.- Partiendo del dato indiscutible de que el Estado tiene competencias exclusivas en materia de bases de la ordenación del crédito (art. 149.1.11 C. E.) y que, por tanto, la legislación de las Comunidades Autónomas no puede, en ningún caso, afectar a la estructura y organización interna de los diferentes intermediarios financieros (STC 133/1997, de 16 de julio), es meridiano que la disposición controvertida (dictada en virtud de las competencias de ejecución en materia de crédito que ostenta la Comunidad Canaria -art. 33 de sus Estatutos-), al exigir simplemente que las sociedades de garantía recíproca cuenten con socios protectores, vulnera el reparto competencial establecido en el citado precepto constitucional por la sencilla razón de que el artículo 6.2 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, básica en la materia, expresamente deja libertad a tales sociedades para tener, o no, socios protectores entre sus miembros. Y siendo esta la única cuestión sometida a nuestro enjuiciamiento, procede, sin necesidad de acudir a superfluos razonamientos, estimar el recurso examinado, por cierto, de excelente articulación técnica.”

Una segunda sentencia que cabe analizar en torno a este segundo principio jurisprudencial, se refiere a la última resolución judicial dictada en la causa en estudio, el día 14 de marzo del año 2007, por parte de la tercera sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, siendo ponente el Ilmo. Don Juan Gonzalo Martínez Mico.²¹⁸

En virtud de dicha resolución, se declaró no haber lugar al recurso de casación número 889/2002, interpuesto por la Administración pública de la Comunidad Autónoma

²¹⁸ Adicionalmente, cabe recordar que en este segundo y último fallo se declaró firme la sentencia recurrida y se condenó en costas a la Administración autónoma recurrente.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Canaria en contra de la recientemente analizada sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas el día 26 de octubre de 2001 en el recurso num. 1131/2000.

Al igual que en el estudio que hicimos de la primera sentencia del 26 de octubre del año 2000, creemos que en la especie- también resulta necesario recordar parte de lo que fueron los fundamentos de derecho en virtud de los cuales se declaró no haber lugar al recurso de casación 889/2002, antes señalado.

En particular, creemos que resulta interesante recordar lo dispuesto por los fundamentos de derecho tercero y cuarto respectivamente.

Respecto al tercer fundamento de derecho, cabe señalar que éste se hace cargo y analiza el primer motivo casacional²¹⁹- cuando en su número cuarto dispone que: “La Ley 1/1994, de 11 de marzo , por la que se aprueba el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, no exige la existencia de socios protectores para la constitución de sociedades de garantía recíproca, sino que su art. 6.2 recoge la posibilidad de que la sociedad cuente entre su capital con socios protectores, siempre que así se recoja en los Estatutos, limitando su participación directa o indirecta en el capital social al 50% de la cifra mínima fijada en los Estatutos Sociales. El art. 6.2 de la Ley 1/1994 dice: Junto a los socios partícipes, a cuyo favor puede prestar garantía la sociedad de garantía recíproca, podrán existir socios protectores si así lo admiten los estatutos. Son socios protectores los que no reúnan las condiciones enunciadas en el apartado anterior (que al contemplar la figura de los socios partícipes dice que habrán de pertenecer al sector o sectores de actividad económica mencionados en los estatutos sociales, y su establecimiento deberá estar situado en el ámbito geográfico delimitado en los propios estatutos). Estos socios no podrán solicitar la garantía de la sociedad para sus operaciones y su participación, directa o

²¹⁹ Recordemos que de conformidad al SEGUNDO fundamento de derecho: “ Los motivos en que se apoya el recurso de casación interpuesto son tres, al amparo todos ellos del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción: 1) Vulneración de los arts.31.4 y 32.15 del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, modificado por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

indirecta en el capital social no excederá conjuntamente del 50% de la cifra mínima fijada para ese capital en los estatutos sociales. No se computarán en ese porcentaje las participaciones pertenecientes a socios protectores que sean Administraciones Públicas, organismos autónomos y demás entidades de derecho público, dependientes de las mismas; sociedades mercantiles en cuyo capital participe mayoritariamente cualquiera de los anteriores o entidades que representen o asocien intereses económicos de carácter general o del ámbito sectorial a que se refieran los estatutos sociales". En consecuencia, ni la Ley 1/1994 exige la concurrencia de socios protectores para la válida constitución de las sociedades de garantía recíproca ni mucho menos exige unos mínimos de participación de dichos socios protectores en el capital social. Tampoco exige que entre los socios protectores haya entidades de interés público o general”.

De otro lado, el fundamento cuarto recoge y resuelve el segundo motivo en el cual se apoya el recurso de casación, y zanja de manera muy fundada ésta disputa al señalar que: “CUARTO.- Dice la Administración recurrente que "la sentencia impugnada infringe el ordenamiento jurídico cuando anula parcialmente el Decreto 240/1998 desconociendo las peculiaridades que la propia Ley 1/1994 reconoce que concurren en los casos de prestación de garantías a favor de las Administraciones y organismos públicos". Invoca al respecto el art. 10.3 de la Ley 1/1994 que señala: "Artículo 10. Régimen aplicable a las garantías otorgadas por las sociedades de Garantía Recíproca. (...). 3 . Los avales a que se refieren las disposiciones legales que exigen y regulan la prestación de garantías a favor de las Administraciones y organismos públicos podrán ser otorgados por las Sociedades de Garantía Recíproca, con las limitaciones que establezca específicamente la legislación aplicable". Esta "legislación aplicable" no son las normas reguladoras de la sociedades de garantía recíproca; la Ley no se está refiriendo ni a sus propios preceptos ni a las normas de desarrollo que puedan aprobar las diferentes Comunidades Autónomas sino a la legislación aplicable a la prestación de garantías a favor de las Administraciones Públicas; por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 2/2000 , que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo art. 35.1.b admite la constitución de garantías provisionales ante la Administración contratante mediante la prestación de aval,

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

"en las formas y condiciones reglamentarias, por alguno de los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España". Así pues, las "limitaciones" afectarán, en su caso, a la forma de prestación de las garantías, no a la constitución y ordenación interna de las sociedades que presten tales garantías. De forma que el art. 10.3 no resulta de aplicación al presente supuesto y, por lo tanto, no ampara tampoco la actuación de la Administración canaria en el caso de autos. Por supuesto que la Administración autonómica canaria puede, en el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de ordenación del crédito, exigir el cumplimiento de un determinado requisito a cumplimentar por aquellas sociedades que pretendan relacionarse con ella realizando operaciones de afianzamiento. Lo que no puede, en ningún caso, es introducir un requisito que contradiga frontalmente las previsiones de la propia norma básica del Estado. El art. 6.2 de la Ley 1/1994 no establece que las sociedades de garantía recíproca tengan que contar con socios protectores en función de lo que establezca la regulación autonómica del territorio donde aquéllas vayan a ejercer su actividad, o en función de que la actividad se vaya a ejercer "inter privados" o ante la Administración Pública, sino en función de lo que dispongan los estatutos de la sociedad en cuestión. Es decir, corresponde a la propia sociedad de garantía recíproca decidirlo, no a la Comunidad Autónoma. De este modo, la norma estatal ofrece a todas las sociedades de garantía recíproca, independientemente de su lugar de constitución y del lugar donde vayan a ejercer su actividad, la posibilidad de contar o no con socios protectores. Y ello con el objeto de preservar la igualdad de estas sociedades en todo el territorio nacional, en virtud de la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. La aceptación de la tesis de la Administración recurrente conduciría a que cada Comunidad Autónoma pudiese exigir o no socios protectores y, en caso de exigirlos, fijar unos mínimos distintos de participación en el capital social de la sociedad de garantía recíproca. Como resultado, una sociedad de garantía recíproca válidamente constituida de conformidad con la normativa estatal y debidamente autorizada por el Ministerio de Hacienda no podría en la práctica, ejercer su actividad en cualquier parte del territorio nacional, pues tendría que adaptarse a las exigencias concretas de cada Comunidad Autónoma, vaciando así de

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

contenido los preceptos estatales reguladores de la constitución de sociedades de garantía recíproca”.

4.3 ¿Se encuentra sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados o bien al impuesto sobre el valor añadido- IVA, la constitución de hipoteca en garantía de afianzamiento prestada por la SGR a sus socios?

Una tercera arista que aborda la jurisprudencia española es de índole tributaria, y se refiere la procedencia o en su caso a la improcedencia de impuestos que graven a la garantía que la SGR entrega a sus socios partícipes en el desarrollo de su objeto y/o giro social de afianzamiento.

Para tal objeto, corresponde abocarnos al estudio de la resolución administrativa número 319/93, emitida con fecha 29 de enero de 1998, por el TEAR- "Órgano de informe y resolución en materia tributaria" de Navarra, y que tal como señalásemos- se emitió a propósito de la constitución de hipoteca en garantía de afianzamiento prestado a sus socios por parte de una entidad de garantía recíproca”

Cabe señalar, que de conformidad a los antecedentes de hecho disponibles en el fallo, todo se origina cuando: “La (...) concedió a Don (BBB) y a su esposa, Doña (CCC), solidariamente, un crédito de 6.200.000 de pesetas, con unas determinadas condiciones, crédito que fue garantizado por la Sociedad ahora recurrente, es decir, (...). Para garantizar éste afianzamiento prestado por la referida Sociedad, el Sr. (BBB) y su esposa constituyeron hipoteca en favor de la (...), mediante escritura otorgada ante el notario de Pamplona Don (...), de fecha 19 de abril de 1993, con número de su protocolo (...).²²⁰

²²⁰ A mayor abundamiento, recordemos que lo que ocurrió en la especie fue una oposición por parte de la Sociedad de Garantía Reciproca recurrente a: “La liquidación girada por el referido impuesto tras la constitución de hipoteca en garantía de afianzamiento prestado por ella a sus socios ya que se trata de una operación que tiene su origen en la actividad mercantil que venía desarrollando. Es más, recordemos que en este caso: “Entiende el Órgano que se trata de una operación sujeta y exenta de IVA, tanto por el carácter

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

No obstante lo anterior, no se puede dejar de reconocer que es a partir de lo expuesto en los fundamentos de derecho de la resolución administrativa estudiada, y no en sus antecedentes de hecho- en donde se clarifica y determina con precisión, no sólo la cuestión debatida, sino que asimismo la determinación precisa de aquellas operaciones no realizada en el ejercicio de actividad empresarial alguna, y que por tanto- quedarían fuera del ámbito del impuesto sobre el valor añadido, pero dentro del concepto de transmisiones patrimoniales onerosas.

En primer lugar, cabe recordar que el segundo fundamento jurídico nos entrega clarificadores elementos, especialmente en torno a la cuestión debatida, cuando dispone que: “La cuestión que se debate en el presente recurso es si la constitución de hipoteca en garantía de afianzamiento prestado por la (...) a sus socios para la concertación por éstos de préstamos con entidades bancarias destinados a las empresas de la que éstos son titulares, es una operación realizada por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial y profesional y por tanto no sujeta al concepto de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados sino al concepto de actos jurídicos documentados por estar sujeta y exenta en el Impuesto sobre el Valor Añadido, o por el contrario se trata de operación no realizada en el ejercicio de actividad empresarial alguna y quedan fuera del ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido debiendo gravarse por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas.”

De otro lado, el fundamento tercero nos agrega relevantes consideraciones no sólo respecto al tributo mirado en si mismo, sino que también en lo guarda relación con su aplicación a las operaciones que precisamente deben realizar las SGR en el cumplimiento de su objeto social de afianzamiento cuando señala que: “El artículo 2º de la Ley Foral 19/1992, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido establece que este Impuesto "es un tributo de naturaleza indirecta que recae sobre el consumo y grava, en la

mercantil de la entidad como por su inclusión en el régimen de las sociedades de garantía recíproca, pero deberá anularse la declaración girada y practicarse una nueva liquidación por el concepto AJD por la expedición de la primera copia de escritura con objeto valuable”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

forma y condiciones previstas en esta Ley Foral, las siguientes operaciones: a) Las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios o profesionales. b) Las adquisiciones intracomunitarias de bienes. c) Las importaciones de bienes". Asimismo en el artículo 4º al regular el hecho imponible se determina que "estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto por empresarios o profesionales, a título oneroso, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional".

A mayor abundamiento, el referido fundamento jurídico tercero se encarga de resolver de manera clara y precisa la cuestión debatida al disponer que: “En nuestro caso estamos en presencia de unos empresarios que constituyen una hipoteca en favor de (...), en contragarantía del aval prestado por ésta y que recae sobre inmuebles que pertenecen al matrimonio, *no existe duda en que ésta es una operación que tiene su origen en la actividad mercantil desarrolla por aquél y, que es por tanto, una operación sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido.* Asimismo, debemos recordar que la (...) se acogió en su constitución al Decreto 1885/1.978, de 26 de julio, sobre régimen jurídico, fiscal y financiero de las Sociedades de Garantía Recíproca que determina en su artículo 1º que "podrán los empresarios constituir Sociedades de Garantía Recíproca con capital variable, y cuyo objeto exclusivo consiste en prestar garantías por aval o cualquier otro medio admitido en Derecho, a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares". En la misma línea el artículo 3º de los Estatutos Sociales de la referida Sociedad establece que "podrán tomar parte de la Sociedad todas las empresas pequeñas y medianas, ya sean personas físicas o jurídicas, dedicadas a cualquier actividad empresarial de lícito comercio y con domicilio o establecimiento en Navarra".²²¹

²²¹ Por último, la parte final de este tercer fundamento de derecho dispone que: “El apartado 3 del artículo 4º establece que "las operaciones sujetas a este Impuesto no estarán sujetas al concepto "transmisiones patrimoniales onerosas" del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados". Por último el artículo 17 apartado 14 de esta Ley Foral, en su letra f) determina que "estarán exentas de este Impuesto la prestación de fianzas, avales, cauciones y demás garantías reales o personales, así como la emisión aviso, confirmación y demás operaciones relativas a los créditos documentarios". Del examen de los preceptos transcritos concluiremos que se trata de una operación sujeta aunque exenta al Impuesto sobre el

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

4.4 Efectos de entregar el carácter de entidad de financiación a las Sociedades de Garantía Recíproca.

Este cuarto aporte de la jurisprudencia española, lo abordaremos a propósito del análisis de una sentencia dictada con fecha 28 de mayo de 1994, por parte la Audiencia Provincial de Zaragoza, siendo ponente, el Ilmo. D. José Enrique Mora Mateo.

En concreto, dicha sentencia se plantea a partir de la necesidad que todavía existía a época de la dictación de la ley 1/1994, en torno a la determinación precisa de la verdadera naturaleza jurídica de las Sociedades de Garantía Recíproca, y en especial- respecto a su consideración de entidad de financiación- o si prefiere llamársele de entidad financiera, cosa que por lo demás- fue aclarada positiva y definitivamente por la referida ley SGR española.²²²

A propósito, creemos que resulta interesante traer a colación lo expuesto en el primero de sus Fundamentos de Derecho, cuando dispone que: “El carácter de entidad de financiación de las Sociedades de Garantía Recíproca, a los efectos prevenidos en el artículo 1435 párrafo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha sido clarificado en la reciente Ley 1/1994, de 11 de marzo, reguladora del régimen jurídico de esas especiales sociedades mercantiles, aunque ya eran tenidas como tales pese a la falta de claridad al respecto del Real Decreto 1855/1978 que anteriormente las regulaba, por lo que es claro que pueden acogerse al procedimiento ejecutivo liquidatorio establecido en el citado precepto procesal, cuyos requisitos han sido cumplidos”²²³

Valor Añadido y no sujeta por tanto al concepto de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”

²²² Particularmente este fallo trata acerca de la compensación alegada por el ejecutado entre la cantidad reclamada y la aportación del socio al fondo de garantía.

²²³ De la misma forma, respecto a ésta temática resulta interesante recordar la opinión del Profesor Reyes Palá Laguna; cuando afirma que: “Nos llama la atención determinados artículos de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca que, en nuestra opinión, merecen ser objeto de comentario más detallado. Nos referimos al capítulo décimo de la Ley, que comprende cuatro artículos (art. 65 a 68 LSGR) dedicados, respectivamente, a la potestad reglamentaria del Ministro de Economía y Hacienda, a la supervisión administrativa, al régimen sancionador y a los beneficios fiscales de las sociedades de garantía recíproca y de las sociedades de reafianzamiento. Escapamos en parte del Derecho mercantil para

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

4.5 Procedencia en la aplicación de multas y/o amonestaciones sobre la SGR por parte de la autoridad administrativa, por causa o a propósito de infracciones a la ley sobre disciplina e intervención en las entidades de créditos españolas. Operaciones prohibidas e irregularidades contables.

En el punto tercero del presente capítulo, reconocimos que la Sociedad de Garantía Recíproca española se encuentra sujeta entre otras medidas, a un control de existencia, a una obligación de registro, y a una supervisión administrativa que lleva a cabo su respectiva autoridad, ya sea a través de su Ministerio de Economía y Hacienda, o bien, por intermedio del Banco de España.²²⁴

De la misma forma, visualizamos que precisamente en otras legislaciones iberoamericanas, distinta de la española- resultaba incluso posible apreciar algunos de los

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 se alude a la novedad que supone califica a las sociedades de garantía recíproca como entidades financieras. “Con ello se clarifica la posición de estas sociedades dentro del sistema financiero y se les aplica la legislación más reciente, especialmente lo dispuesto en la Ley sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito” (apdo. 19 de la Exposición de Motivo, que guarda silencio para con las sociedades de reafianzamiento). 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 garantía o suscripción de compromisos similares. Aunque los requisitos para ejercer la actividad de “establecimiento financieros de crédito” difieren de los requeridos para creación y funcionamiento de las sociedades de garantía recíproca (especialmente en lo que respecta a la exigencia del tipo de sociedad anónima y al capital social mínimo de 850 millones de pesetas, además de la idoneidad de los accionistas titulares de participaciones significativa), es evidente que las sociedades de garantía recíproca son establecimientos financieros de crédito sometidos a un régimen especial. De otro modo difícilmente sería justificable la supervisión de estas sociedades por parte del Banco de España y su sumisión a la LDIEC. La actividad de las sociedades de garantía recíproca es una actividad reglamentada y fuertemente intervenida por la Administración. Precisamente la intensidad de esa intervención presenta algunos problemas, especialmente en lo que se refiere a la gran extensión de la potestad reglamentaria y la tipificación un tanto laxa de las infracciones que dan lugar a responsabilidad administrativa. Esta intervención administrativa, cuya necesidad no se ha discutido con la pertinente profundidad, ha intentado justificarse acudiendo a diferentes expedientes técnicos” Palá Laguna, Reyes; “Fórmulas renovadas de financiación de la Pyme: algunos aspectos del régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca”, Derecho de Sociedades; Libro Homenaje Sánchez Calero, Tomo IV. Páginas 4240 y ss. Ob.cit

²²⁴ Vid.Supra. Pág.139.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

claros peligros que se envuelven en la carencia de una justa y necesaria autonomía para la Sociedad de Garantía Recíproca respectiva.

Asimismo, apreciamos que ello podría provenir precisamente por efecto de medidas, o en su caso controles desproporcionados, irracionales, o injustos, que tomara la autoridad administrativa correspondiente a cada legislación.

En dicho contexto, es que precisamente deben ser analizados la procedencia de no sólo la aplicación de multa o amonestaciones por parte de la autoridad administrativa española, tal como se plantea en la especie- sino que además la determinación del verdadero ámbito de validez la denominada “*supervisión administrativa*”, tal como estudiaremos en el siguiente aporte jurisprudencial.²²⁵

Ahora bien, respecto al presente fallo jurisprudencial, cabe traer a colación y estudiar en detalle la sentencia dictada con fecha 19 de enero del año 2001, por la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, a propósito del recurso núm. 1005/98 promovido por el Procurador D. Francisco Velasco Muñoz-Cuellar en nombre y representación de ARAGONESA DE AVALES S.A., frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por el Ministro de Economía y Hacienda el día 12 de Noviembre de 1.995, en materia relativa a Sanción de multa y amonestación por infracción de la ley sobre disciplina e intervención en las Entidades de Crédito con una cuantía de 6 millones de pesetas, siendo ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.²²⁶

²²⁵ Es más, creemos que el estudio del aporte jurisprudencial español respecto a estas temáticas, se encuentran llamados a servir de fundamental guía para los fallos tanto judiciales como administrativos que el resto de los tribunales iberoamericanos vayan dictando en materia de la correcta delimitación del ámbito de fiscalización de la autoridad administrativa de turno.

²²⁶ En la especie, la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ARAGONESA DE AVALES SGR. contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda dictada el 24 de Noviembre de 1.995 descrita en el fundamento jurídico primero de dicha sentencia, la cual por tanto, la ratificó en todas sus partes por ser conforme a derecho.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

A mayor abundamiento, estimamos que para poder medir la real magnitud del aporte perseguido con el estudio de la presente sentencia, resulta necesario recordar lo expuesto por los cinco primeros fundamentos de derecho del referido fallo.²²⁷

El fundamento primero es quien comienza este importante aporte jurisprudencial, cuando no sólo nos delimita el preciso objeto debatido en este caso, sino que asimismo contextualiza la litis al disponer que: “Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden dictada el día 24-XI-95 por el Ministro de Economía y Hacienda por la que se resuelve el expediente recurso ordinario interpuesto por ARAGONESA DE AVALES, SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA, contra el acuerdo del Consejo de Gobierno del Banco de España de 30-V-95 . El Ministro desestima el recurso y confirma el Acuerdo impugnado. El Banco de España resolvió imponer a la hoy actora tres multas por importe de dos millones de pesetas cada una, previstas en el art. 10 apdo. C) de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito por la comisión de tres infracciones graves, tipificadas dos de ellas en el apdo. F) del art. 5, y la tercera en el apartado P) del mismo precepto de la indicada Ley, consistentes en la realización de *operaciones prohibidas, de crédito a los socios, en la devolución a los socios de aportaciones al Fondo de Garantía y en la existencia de irregularidades en la contabilidad*. Asimismo impuso la sanción de amonestación privada prevista en el art. 11 apdo. A) de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito por la comisión de una infracción leve tipificada en el art. 6 del mismo precepto legal y consistente en irregularidades en las declaraciones a la Central de Información de Riesgos”²²⁸

²²⁷ En efecto, creemos que resulta necesario recordar lo que se señalan dichos fundamentos jurídicos, para precisamente ayudarnos a entender el verdadero alcance y contexto de lo que serían no sólo operaciones prohibidas para la SGR, sino que también la existencia de irregularidades contables de tal magnitud, que se harían susceptibles de ser sancionadas administrativamente.

²²⁸ De la misma forma, el fundamento jurídico SEGUNDO, nos detalla con claridad un resumen de la cuestiones de hecho debatidas en la causa, al disponer que: “Los hechos declarados probados por la Administración, que se declaran asimismo probados por esta Sala son los siguientes: 1) realización de operaciones prohibidas a las sociedades de Garantía Recíproca, anticipo y transferencias de fondos a cambio de efectos comerciales y pagarés, operaciones que no le están permitidas por la normativa reguladora de dichas sociedades. 2) devolución a los socios de aportaciones al Fondo de Garantía, pese a existir en dicho fondo pérdidas acumuladas. 3) irregularidades en la contabilidad y estados financieros consistentes en no

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Por su parte, los fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto del fallo en estudio, se encargan de detallar y resolver cada uno de los tres cargos alegados por la Administración, a saber; la realización de operaciones prohibidas, la devolución indebida a los socios de aportaciones al Fondo de Garantía y la existencia de irregularidades contables, todo respecto a la Sociedad de Garantía Recíproca denominada ARAGONESA DE AVALES SGR.

Respecto al primer cargo, el fundamento jurídico tercero señala que: “La actora alega que la adquisición de pagarés de empresa a socios de la Sociedad de garantía recíproca o el descuento de efectos comerciales, en el primer caso por un importe de 47,5 millones de pesetas y en el segundo por un total de 26,8 millones constituyen operaciones prohibidas. Alega que se trata de inversiones financieras temporales, con un rendimiento económico que no pueden ser equiparadas a la concesión de créditos directos, y en todo caso no tuvieron un carácter habitual sino ocasional o aislado. Como ya señalaba el Banco de España, el descuento de efectos comerciales es una operación de crédito al tratarse de una operación cuya finalidad económica es la obtención de financiación inmediata. Entre Junio y Septiembre de 1.993 ARAVAL anticipó fondos a Fundifor S.A. Inalter S.A. y Moltesa S.A. contra la entrega de remesas de efectos mercantiles, y en Septiembre de 1.992 transfirió a Ide-Fire 47,5 millones de pesetas recibiendo a cambio tres pagarés librados por esta el 21-IX-92 y vencimiento el 5-I-93, por importe de 50 millones de pesetas. Si bien el art. 5 apartado f) de la Ley 26/1.988 de disciplina e intervención de las Entidades de Crédito tipifica como infracción grave la realización de actos u operaciones prohibidas por normas reglamentarias de ordenación y disciplina o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, salvo que tengan un carácter meramente ocasional o aislado, el hecho de que la importancia económica de las reseñadas operaciones sea relativa en el conjunto de la actividad económica de la infractora, y las diferencias en las operaciones descritas y en las personas jurídicas beneficiadas impiden considerar como "ocasional" o

contabilizar determinadas operaciones o contabilizarlas con retraso, así como otras prácticas contables irregulares. Y 4) irregularidades en las declaraciones a la Central de Información de Riesgos”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

"aislada" una actuación que se ha repetido con distintos beneficiarios. Debe en consecuencia desestimarse el primer motivo de impugnación”

De otro lado, el cuarto fundamento de derecho trata la indebida devolución a los socios partícipes de lo que fueron sus aportaciones al Fondo de Garantía, al disponer que: “Respecto del segundo cargo, la devolución a sus socios partícipes del 100 por 100 de sus aportaciones al Fondo de Garantía, pese a existir pérdidas acumuladas, alega la actora que la conclusión del Banco de España tiene un supuesto fáctico y jurídico erróneo, porque existían en la sociedad dos fondos, uno el fondo de garantía ordinario y otro el fondo de garantía autónomo. Señala que si bien efectivamente venía reintegrando a sus socios partícipes una vez extinguidas las operaciones de aval a las que estaban afectas el cien por cien de las aportaciones realizadas en su día al Fondo de Garantía Ordinario, se fijó el índice de siniestralidad para determinar la cantidad a detraer de los reembolsos para este Fondo y se aportó con cargo al Fondo de Garantía Autónomo de libre disposición. El art. 11 del R.D. 1885/1.978 de 26 de Julio establece que los socios serán reembolsados de sus aportaciones al Fondo de Garantía una vez canceladas las deudas a que estaban afectas y previa deducción del índice de fallidos o siniestralidad que determine el Consejo de Administración. Así se recoge en los Estatutos de la entidad actora, y la cautela trae su fundamento en el propio carácter de las sociedades de garantía recíproca que garantiza la deuda contraída por cualquiera de sus socios a cargo del Fondo de Garantía, incluso cuando la aportación del socio incumplidor es inferior a la deuda garantizada. Como en su día analizó el Banco de España, el fondo de garantía llamado "autónomo" no por ser autónomo deja de ser de garantía, y el hecho de que el uso que el Consejo de Administración ha realizado de este Fondo haya servido para solventar las deficiencias en la cuantía del Fondo Ordinario, no impide la consideración de que se incumplió la Ley, devolviendo más de lo que esta permite, máxime cuando el saldo final de la suma de los dos Fondos arroja un neto patrimonial inferior al valor nominal de las aportaciones de los socios”.

Como corolario, el fundamento quinto se hace cargo de las imputaciones de índole contable y del incumplimiento de las declaraciones a la Central de Información de Riesgos,

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

por parte de la SGR al reconocer que: “ARAVAL otorgó avales a trece empresas, y para garantizarlos, constituye una garantía prendaria sobre un derecho de crédito que éstas ostentaban frente a un tercero. Descrito de esta manera, o como lo hace el Banco de España, no cabe duda que la garantía final de los avales eran los depósitos que tenía realizados ese conjunto de empresas en un Banco, y de tales operaciones no aparece reflejo contable. Se cancelaron en la contabilidad riesgos que fueron reclamados y no se contabilizaron en distintos ejercicios operaciones que debieron serlo. El hecho de que la empresa auditora no pusiera objeciones no puede constituirse en excusa absoluta porque las normas de contabilidad que se exigen a entidades como la recurrente tienen la finalidad de asegurar la mayor transparencia y garantizar el control por la Entidad supervisora, de manera que este plus de exigencias en la contabilidad está justificado por las especialidades de las sociedades de garantía recíproca; en este caso, se trató de irregularidades en los libros de garantías. Por último, en cuanto al incumplimiento de las declaraciones a la Central de Información de Riesgos, el hecho de que no fueran detectadas antes de la Inspección que se encuentra en el origen de la Resolución impugnada no supone, como parece sostener la actora, que las declaraciones fueran correctas, sino que su incorrección solo se detectó cuando la Inspección comprobó la falta de distinción entre avales técnicos y financieros, que no se declararon los fiadores, ni los riesgos en suspenso etc. Deben desestimarse en consecuencia los motivos de recurso relativos a las infracciones de los arts. 5 p) y 6 de la Ley 26/88”²²⁹

²²⁹ Finalmente, en cuanto a la cuantía de las multas impuestas, el fallo en estudio señala que las: “Considerada conforme a derecho por cuanto se ha establecido en la Resolución del Banco de España que fueron necesarias intervenciones diversas para mantener la solvencia y viabilidad de la entidad, y si bien esto conlleva que, como señala se cumple “así la finalidad esencial de todo expediente sancionador”, (pág. 43 última línea del fundamento noveno) no debe olvidarse que la Ley ha previsto la imposición de sanciones; y no corresponde a la sancionada optar por la que considera menos gravosa, sino al órgano al que la Ley encomienda la imposición de la sanción optar por la que estime más adecuada a las finalidades y previsiones del régimen de infracciones y sanciones.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

4.6 Regulación de las normas especiales para la elaboración y presentación de la información contable de las SGR. Un buen ejemplo de supervisión administrativa.

Cuando en el punto 3.8.1.2 del presente capítulo, estudiamos la supervisión administrativa al cual se encuentra sujeta la SGR española, dijimos que ella surgía a partir de lo dispuesto en el capítulo décimo de la ley 1/1994, denominado “*De la supervisión administrativa, del régimen sancionador y de los beneficios fiscales de las sociedades de garantía recíproca*”, y más particularmente en lo que los artículos 65 y 66 de la LSGR española, establecieron a propósito del ámbito de competencia que tanto el Ministerio de Economía y Hacienda como asimismo el Banco de España deben ejercer sobre la SGR.

De la misma forma, agregamos que tratándose del artículo 65, se regula lo que el legislador español denomina sencillamente como “*Supervisión administrativa*”, de conformidad a los siguientes términos: “Sin perjuicio de las demás facultades que le corresponden de acuerdo con los Artículos anteriores de esta Ley, se faculta al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Instituto de Contabilidad y Auditorías de Cuentas, para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a los que deberá ajustarse la información contable que las Sociedades de Garantía Recíproca, deberán suministrar a las autoridades administrativas encargadas de su control, así como la frecuencia y el detalle de acuerdo con los que deberá suministrarse dicha información”

Pues bien, el penúltimo aporte que estimamos necesario traer a colación en materia de jurisprudencia tanto judicial como administrativa española, se refiere precisamente a un fiel reflejo y por lo demás, a buen ejemplo de lo que puede ser esta facultad que la LSGR española le confirió a su Ministro de Economía y Hacienda, en orden a poder establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a los que deberá ajustarse la información contable que rige a las Sociedades de Garantía Recíproca.

A mayor abundamiento, nuestro estudio en este penúltimo aporte jurisprudencial se centrará no en un fallo judicial, sino que en una resolución administrativa.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Para ello, analizaremos el dictamen número 5902/1997, emitido en la ciudad de Madrid por parte del Consejo de Estado, con fecha 22 de enero del año 1998, y a propósito del Proyecto Orden Ministerial sobre normas especiales para elaboración, documentación y presentación de información contable de sociedades garantía recíproca.

Al respecto, el primer punto que cabe recordar, se refiere al hecho que el Consejo de Estado informó precisamente este Proyecto en virtud de lo prevenido en el art. 22.3 de su Ley Orgánica, por tratarse de un desarrollo reglamentario de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca (en lo sucesivo Ley 1/1994 o Ley SGR de 1994).²³⁰

Es más, incluso el propio texto de la resolución administrativa aclara que: “Como con acierto dice en su informa la Secretaría General Técnica, la Orden proyectada desarrolla la Ley en partes sustantivas (avales y fondo de provisiones técnicas) apoyándose en el mandato del Real Decreto 2345/1996”. De la misma forma, el texto administrativo agrega que el citado Real Decreto 2345/1996 dice en su artículo 4 lo siguiente: "Reglas contables. 1. Las sociedades de garantía recíproca ajustarán su información contable a los principios contenidos en el Plan General de Contabilidad, con las adaptaciones que se establezcan mediante Orden del Ministro de Economía y Hacienda, que requerirá informe previo del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y del Banco de España. En todo caso, la normativa contable que se establezca de forma específica para las sociedades de garantía recíproca deberá tomar en consideración los criterios y la terminología establecidos en la normativa contable aplicable a las entidades de crédito. 2. Por lo que se refiere a la evaluación y cobertura del riesgo de crédito específico de sus operaciones, las sociedades de garantía recíproca estarán sujetas a las disposiciones de orden contable

²³⁰ De la misma forma, cabe precisar que al momento de emitirse este informe, el proyecto ya había sido objeto de sucesivas redacciones, a saber: 14 de enero de 1997; 14 de marzo de 1997; 28 de agosto de 1997 y 17 de noviembre de 1997. Por otra parte, cabe señalar que el objeto del Proyecto, según explica la Memoria de 17 de noviembre de 1997, es dar cumplimiento y desarrollo al artículo 4 del Real Decreto 2.345/1996, de 8 de noviembre, relativo a las normas de autorización administrativa y requisitos de solvencia de las sociedades de garantía recíproca (SGR). Este precepto versa precisamente sobre las reglas contables que han de aplicarse a las SGR.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

aplicables a las entidades de crédito. 3. Las disposiciones de orden contable aplicables a las entidades de crédito serán también de aplicación a la valoración de los activos adjudicados en pago de deudas".

De otro lado, los puntos II y III del dictamen número 5902/1997, le reconocen méritos adicionales al proyecto, al señalar por una parte que: “II. Se ha cumplido correctamente, a juicio del Consejo, el procedimiento establecido en relación con la elaboración de la disposición de carácter general que se informa. Consta el informe previo del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y del Banco de España. Se ha oído a la representación del sector de SGR y ha informado la Secretaría General Técnica del Departamento”, y al agregar por otra que: “III. El Proyecto constituye, como se ha dicho, un desarrollo de la Ley SGR de 1994. Esta Ley regula básicamente los aspectos mercantiles de las Sociedades de Garantía Recíproca y, en especial, sus caracteres diferenciales respecto de las sociedades anónimas. La Ley SGR de 1994 se refiere en su Capítulo VII (artículo 54) a las cuentas anuales de las SGR. Señala que son, en general, de aplicación las normas legales reguladoras de las Sociedades Anónimas (Capítulo VII del Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989). Pero excluye determinados artículos del ámbito de su aplicación directa a las SGR relativos a las cuentas Generales. Se excluyen, en particular, los preceptos relativos a las cuentas abreviadas y los siguientes: Artículo 213: Aplicación del resultado. Artículo 214: Reserva legal. Artículo 215: Distribución de dividendos. Artículo 216: Cantidades a cuenta de dividendos. Sobre estas materias la Ley 1/1994 establece normas específicas (artículos 51, 52 y 53)”

Por su parte, los considerandos IV y V de la resolución administrativa en estudio, nos entregan interesantes elementos en torno a razones de validación jurídica que en este caso, sustentarían la actuación de la autoridad administrativa.

De ahí que el punto IV de la resolución administrativa en estudio, reconoce que: “La propia Ley 1/1994 contiene en su artículo 65,1 una habilitación directa al Ministro de Economía y Hacienda para "establecer y modificar las normas de contabilidad y los

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

modelos a los que deberá ajustarse la información contable" de las SGR. Esta habilitación "per saltum", ya que no se produce en favor del Consejo de Ministros, sino del Ministro de Economía y Hacienda, fue ya considerada por el Consejo de Estado al dictaminar, el 25 de julio de 1996 (expediente 825/96), el Proyecto de Real Decreto de desarrollo de la Ley 1/1994 (Real Decreto 2345/1996, de 8 de noviembre). Este Real Decreto es el que contiene, como se ha visto, la norma específica de autorización en favor de V.E. para dictar las "reglas contables" según el artículo 4 reproducido en la primera consideración de este dictamen. En este precepto -aparte de los informes previos preceptivos ya vistos- se establece como criterio material a seguir el de: 1) "Tomar en consideración los criterios y la terminología establecidos en la normativa contable aplicable a las entidades de crédito" (artículo 4.1). 2) Asimismo, en lo referente a la "evaluación y cobertura del riesgo de crédito específico de sus operaciones", las SGR "estarán sujetas a las disposiciones de orden contable aplicables a las entidades de crédito". 3) Estas mismas disposiciones se aplicarán a la valoración de los activos adjudicados en pago de deudas.”

Complementado lo anteriormente expuesto, el considerando V dispone que: “Estas remisiones a las normas aplicables a las entidades de crédito obligan a examinar los preceptos correspondientes para comprobar que la Orden que se informa se ajusta a los parámetros establecidos. A este efecto es de tener en cuenta lo prevenido en el artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. Este precepto, en su apartado 1, introduce una habilitación directa al Ministro de Economía y Hacienda "para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberá sujetarse el balance y la cuenta de resultados de las entidades de crédito". Esta habilitación a V.E. comprende, según el mismo precepto, la potestad de disponer "la frecuencia y el detalle con que los correspondientes datos deberían ser suministrados a las autoridades administrativas encargadas de su control y hacerse públicos con carácter general por las propias entidades de crédito".²³¹

²³¹ Finalmente, el considerando V agrega que: “En el uso de esta potestad -que se puede trasladar al Banco de España- "no existirán más restricciones que la exigencia de que los criterios de publicidad sean homogéneos para todas las entidades de crédito de una misma categoría ..."La Orden de V.E. de fecha 31 de marzo de 1989

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Como corolario, el sexto y último punto del dictamen número 5902/1997, cierra el análisis en estudio, al validar en todo su ámbito al proyecto de Orden Ministerial sujeto a informe y disponer al efecto que: “VI . En el marco de las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado no formula objeción alguna al proyecto de Orden Ministerial que se informa. Existe habilitación suficiente para regular mediante orden ministerial la materia en cuestión sin que en este caso proceda formular observación alguna a los criterios contables expresados en la norma sometida a dictamen respaldados por los informes del "Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas" y del propio Banco de España. Cabe tan sólo señalar que al final del Preámbulo de la disposición debería constar la audiencia del Consejo de Estado, en la forma legalmente establecida (artículo 2,6 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril) y que la entrada en vigor de la disposición deberá establecerse en fecha posterior a la publicación de la Orden y no al 1 de enero de 1998.”

4.7 ¿Alcanza la garantía que entrega la SGR a sus beneficiarios, a la contragarantía de naturaleza real, que a su vez el socio partícipe constituye en favor de la sociedad avalista?

El último aporte jurisprudencial que en nuestra opinión, cabría reconocerle a los tribunales españoles, se refiere a la determinación de una importante definición en torno a lo que es por una parte- la natural garantía que presta la SGR en el cumplimiento de objeto social, y por otra, la respectiva contragarantía que el socio partícipe-beneficiario en cuestión, debe prestar si pretende resultar beneficiado a propósito de la respectiva operación de afianzamiento.

En concreto, para el estudio de lo que consideramos nuestro último aporte, traeremos a colación parte de lo que el efecto se refiere el recurso 1408/2005, resuelto

(BOE 22-IV89) en uso de dicha autorización estableció, en su apartado segundo, que los estados financieros de las entidades de crédito podrían ser: a) de carácter público, como información a terceros de la situación patrimonial, económica y financiera de la entidad y b) de carácter reservado como información al Banco de España para que pueda cumplir con sus funciones de control e inspección. La mencionada Orden encomienda, por lo demás, la fijación de las normas de contabilidad de las entidades de crédito al Banco de España. En particular, el apartado séptimo de la Orden establece que sus normas se aplicarán a las SGR.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

mediante sentencia número 9/2007, de fecha 18 de enero del año 2007, emitida por la sala de lo contencioso administrativo el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, siendo ponente la Ilma. Doña Amalia Basanta Rodríguez.²³²

Ahora bien, cabe precisar que para dar una adecuada respuesta a la interrogante planteada en el encabezado de éste último aporte jurisprudencial, nos detendremos en el análisis detallado de lo que al efecto dispusieron el segundo y tercer fundamento de derecho de la resolución en estudio.

En efecto, por un lado el segundo fundamento jurídico se encarga de contextualizar y definir el objeto preciso de la litis, no sólo al relatar el origen de esta causa, sino que también al detallar con precisión lo que constituye la cuestión de fondo en la especie y señalar que: “En 28-5-99 se otorgó, a favor de la sociedad codemandada (Sociedad de Garantía Recíproca de la CV), por uno de sus socios, escritura pública de "constitución de hipoteca inmobiliaria", en garantía del afianzamiento que aquella había realizado-documentado en 27-5-99 - frente a la Caja Rural de Alicante, en razón del préstamo concedido al socio. La operación hipotecaria se autoliquidó como exenta, con base a lo dispuesto en el art. 68. 1. b) y 10.2 de la L. 1/94 de 11-3 de Régimen Jco. De las Sociedades de Garantía Recíproca. Por los Servicios Territoriales de la C^a de Economía y Hacienda de la oficina de Alicante se practicó liquidación (nº 03/02/TH/301016) por ITPyAJD, modalidad AJD, considerando que la operación no gozaba de exención. Ingresada la cantidad correspondiente, el sujeto pasivo interesó la devolución de ingresos indebidos, por entender a aplicación los preceptos en que basó la exención. Por Resolución de 2-6-03 se denegó la devolución solicitada y, entablada reclamación económico-administrativa, el TEARV dictó la resolución que ahora se recurre, apreciando la procedencia de la exención

²³² A propósito, cabe recordar que en la ocasión el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, decidió acoger el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalidad Valenciana, defendida por su Gabinete Jurídico, contra Resolución del TEARV de 25-1-05 por la que se estima la reclamación nº 3/3460/03, entablada frente a otra de los Servicios Territoriales de la C^a de Economía y Hacienda de la oficina de Alicante fechada en 2-6-03, por la que se denegaba la devolución de ingresos indebidos en concepto de liquidación por ITP y AJD relativa al documento nº 49.700/99, y anular, por contraria a derecho, la referida Resolución del TEARV.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

invocada y, por tanto, de la devolución de ingresos. Sentado lo anterior y comenzando en análisis de la cuestión de fondo, que consiste, en definitiva, *en determinar si procede la exención prevista en el art. 68.1 en relación con el apartado 2 del artículo 10, ambos de la Ley 1/1994, de 11-3 , o dicho de otro modo, si la relación entre la sociedad de garantía recíproca y el socio a cuyo favor se hubiere otorgado una garantía, alcanza a la "contragarantía" de naturaleza real que el socio-partícipe avalado constituya a instancia y a favor de la sociedad avalista.*

De la misma forma, el citado segundo fundamento de derecho agrega que: “Pues bien, la citada Ley 1/1994, de 11-3, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, dispone en su artículo 68.1: "las sociedades de garantía recíproca inscritas en el Registro Especial del Banco de España gozarán, entre otros beneficios fiscales, de exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en la relación jurídica y documento a que se refiere el apartado 2 del art. 10 de esta Ley". Y este, por su parte, establece que la relación entre la sociedad de garantía recíproca y el socio en cuyo favor se hubiere otorgado una garantía deberá formalizarse, para su validez, en escritura pública o en póliza firmada por las partes e intervenida por corredor de comercio colegiado”²³³

Por otro lado, el tercer fundamento jurídico termina por zanjar la cuestión debatida, y lo que más importa para los efectos de la presente investigación- se inclina por acoger la tesis de la demandante, en el sentido que la exención a la cual se refiere el artículo 68.1 de

²³³ Finalmente, este segundo fundamento de derecho, nos aclaran el verdadero alcance de importantes elementos contractuales en torno a la relación entre la SGR y sus respectivos socios partícipes, al disponer que : “En nuestro caso, tal y como resulta del expediente administrativo, las relaciones entre la Sociedad de Garantía Recíproca de la Comunidad Valenciana, y el socio-partícipe, viene establecida en el contrato o póliza de afianzamiento (de 27-5-99, F. 24 del exp.), en el que se indica expresamente: "que con el objeto de regular las relaciones entre la S.G.R y su socio partícipe, y/o sus avalistas, derivadas del afianzamiento otorgado y a que se refiere el contrato unido a la póliza, y con la finalidad de asegurar los riesgos asumidos por aquella, formalizan esta póliza con arreglo a las siguientes estipulaciones:...". A continuación, en estipulaciones, se indica en el apartado "Estipulaciones" las obligaciones convenidas, y, entre ellas, la de constituir, en cualquier momento, a requerimiento de la S.G.R, garantía real sobre inmuebles o muebles, en aseguramiento de las obligaciones contraídas o que pudiera contraer frente a aquella (ofrecer, en definitiva, "contragarantía" del aval obtenido).”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

la LSGR española, no puede extenderse a las contragarantías reales que la SGR pudiese exigir otorgar a sus socios partícipes, y al señalar que: “Si nos remitimos a la precitada Ley 1/1994, de 11-3, y, en particular a las medidas que establece, dirigidas a reforzar la solvencia de la S.G.R (creación de un fondo de provisiones técnicas, constitución de sociedades de reafianzamiento, establecimiento de un fondo de reserva legal), no aparece relacionada la contragarantía (real inmobiliaria) que analizamos, para cubrir el riesgo de incumplimiento por parte del socio partícipe y consiguiente ejecución, por la entidad prestamista, del aval prestado. Se trata, pues, de una contragarantía "añadida" al conjunto obligacional que, en los términos señalados por la L. 1/94, integra el contenido de la relación entre la S.G.R y el socio (Art. 10.2), integrada en el conjunto de pactos o acuerdos voluntarios que pueden celebrarse entre aquella y este -siempre que no contradigan el ordenamiento jurídico- según se infiere del apartado 1 del mencionado artículo 10 de la reiterada Ley. En fundamento de lo expuesto, procede acoger la tesis que sustenta la Administración demandante, según la cual la exención que alega el interesado sólo debe operar en los términos estrictos a que se refiere el art. 68. 1 b) de la L. 1/94, no extendiéndose a las contragarantías reales que la S.G.R pueda exigir a sus socios. Este es, además, el criterio adoptado por la Dirección General de los Tributos que en resolución de 27-2-1995 (F. 3 del exp.), que, dando contestación a una consulta sobre cuestión similar a la aquí planteada, declaró que la exención prevista en el artículo 68.1.b) de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, no puede extenderse a las posibles contragarantías que la S.G.R pueda exigir a sus socios. Y precisa que "a lo largo de todo el articulado de la L. 1/94, no se habla de contragarantías de naturaleza real... que pueda exigir la S.G.R para el caso de incumplimiento del socio y consiguiente ejecución del aval prestado"; y que "el propio art. 10 al que remite el art. 68 a efectos de los beneficios fiscales, se refiere únicamente al <<Régimen aplicable de las garantías otorgadas por las S.G.R>>, pero no a las contragarantías que en su caso deban aportar los socios, que recordemos responden con sus participaciones".²³⁴

²³⁴ Para fortalecer su razonamiento, el fundamento tercero nos recuerda importantes directrices interpretativas aplicables en materia tributaria, al disponer que: “No en vano, como el art. 23 de la LGT establece, las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en Derecho; y, en tanto no se definan por el

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

5. Reflexiones conclusivas.

A lo largo del presente capítulo, hemos podido apreciar que entre las distintas legislaciones iberoamericanas, es posible visualizar una especie de hilo conductor o si se quiere decir, un patrón común entre las distintas realidades.

Es más, a lo largo de este primer capítulo de nuestra investigación, pudimos apreciar que en realidades centro americanas, incluso era posible desprender una suerte de tendencia legislativa que en varias ocasiones incluso llega a replicar exactamente los mismos términos entre uno y otro legislador.

No obstante lo anterior, cabe reconocer que dicha tendencia dista bastante de ser absoluta entre las distintas legislaciones.

Por lo mismo, y si bien es cierto que resulta evidente la marcada influencia que la ley española 1/1994 ha presentado en una serie de aspectos legales-en varias de las legislaciones iberoamericanas, no se puede dejar de apreciar también, que en muchos casos se ha optado por alejarse del referente español al incluir aspectos propios de cada país.

Al respecto, estimamos que un buen ejemplo de lo anterior, es la forma en que la ley argentina se desmarca de su par español, al regular de manera detalla y centrar por lo además, gran parte de la eficacia de su respectivo sistema de garantía recíproca, en el contrato de garantía recíproca que se celebre al efecto.²³⁵

De ahí que independientemente del grado de similitud o en su caso de disparidad que podamos apreciar entre una u otra realidad iberoamericana, de lo que si tenemos

ordenamiento tributario los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda. Señalando en el último párrafo que no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones. Procede, en consecuencia, por todo lo expuesto, la estimación de la pretensión actora.”

²³⁵ Es más, ya veremos en lo que será el segundo capítulo de nuestra investigación, que dicha forma de afrontar el sistema de garantía recíproca, fue la misma que su vez inspiró al legislador chileno.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

absoluta certeza, es que la legislación española tanto por su grado de maduración jurídica como asimismo por su gran aplicación práctica, ha servido y estimamos seguirá sirviendo por mucho tiempo más, de inspiración y consulta obligada tanto para los actuales sistemas de garantía recíproca, como asimismo también para aquellos sistemas que se encuentran todavía en etapa de estudio y/o implementación.²³⁶

De otro lado, cabe precisar que la determinación en el presente trabajo de elementos comunes entre las distintas legislaciones iberoamericanas, lejos de agotar su estudio, abre una serie de aristas e interrogantes sobre asuntos tanto teóricos como prácticos todavía sin explorar.

Al respecto, creemos justo reconocer que una de las temáticas que más desarrollo le falta por alcanzar, es precisamente aquélla que se refiere tanto a los derechos y participaciones sociales en materia de sociedades de garantía recíproca, como asimismo a las obligaciones y deberes que les corresponden a los miembros de su Consejo de administración- o directorio como quiera llamársele, en el marco del desarrollo de buenas practicas de gobierno corporativo para la SGR.

Finalmente, no se puede dejar de reconocer el valioso aporte que presentan para el resto de las legislaciones iberoamericanas, tanto los fallos judiciales como administrativos españoles, en materia de sociedades de garantía recíproca.

²³⁶ Como por ejemplo, ocurre con el reciente proyecto de sociedad de garantía recíproca peruana. A propósito, recomendamos al lector ver la noticia publicada con fecha 15/05/ 2011 en la página web de la Red Iberoamericana de Garantías- Regar, y en donde se señala que: “Como un esfuerzo orientado a reducir los obstáculos de acceso al financiamiento para las micro y pequeñas empresas (MYPE), el Ministerio de la Producción (PRODUCE) impulsa un proyecto de ley que apunta a modificar un artículo de la Ley de Bancos, a fin de crear un tipo de empresas financieras denominadas Sociedades de Garantía Recíproca (SGR).” De la misma forma, y a propósito de la influencia española sobre el proyecto, se agrega en la noticia que: “El ministro de la Producción, Jorge Villasante, manifestó que a la fecha este esquema de financiamiento no existe en el Perú, razón por la cual se está promoviendo su implementación, estableciendo un marco legal para su constitución y operación. El titular del Sector, refirió que este mecanismo ha sido adoptado y ampliamente difundido en países como Argentina, Chile, España e Italia, por lo que el Ministerio de la Producción espera que tanto los gremios empresariales, gobiernos regionales, y empresas privadas así como el sistema financiero se interesen en invertir en compañías de esta naturaleza”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

En esa misma línea de ideas, creemos firmemente que dicho aporte jurisprudencial seguirá trazando a futuro, los lineamientos para una acertada aplicación teórica-práctica de una serie de decisiones operativas para los distintos sistemas de garantías recíprocas iberoamericanos.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

CAPÍTULO II

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA”

PARTE PRIMERA. ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN
DE LAS INSTITUCIONES DE GARANTÍA RECÍPROCA EN CHILE

*Abstracto*²³⁷

El presente documento ha sido preparado con el propósito de instruir tanto a la comunidad en general, como asimismo a los futuros partícipes del sistema de garantías chileno, sean éstos inversionistas o bien socios y/o accionistas, sobre los fundamentos, principales aspectos, efectos y el procedimiento de análisis a seguir para la inminente implementación y puesta enmarca en Chile, de las denominadas Instituciones de Garantía Recíproca, en adelante IGR, o bien indistintamente, SGR o Sociedad de Garantía Reciproca- y cuyo marco legal de constitución y operación, se aprobó el 20 de junio de 2007, mediante la publicación en el Diario Oficial de la República de Chile, de ley número 20.179, en adelante LSGR.²³⁸ Dicha ley se estructuró sobre la base de 35 artículos divididos en 6 títulos de distinta naturaleza, que van desde las exigencias requeridas por el legislador para su constitución legal, destino de sus fondos y/o recursos, hasta el establecimiento de las medidas que resulten necesarias para enfrentar situaciones de

²³⁷ El presente trabajo representa un esfuerzo intelectual de su autor afín de entregar una investigación científica, que contenga el marco jurídico elemental a considerar por todos y cada uno de los agentes tanto presentes como futuros del Sistema de Garantías chileno. En dicho sentido, cabe señalar que las conclusiones y consideraciones contenidas en el mismo son de exclusiva responsabilidad del suscrito, y ellas deben ser entendidas y comprendidas al alero de la convocatoria para presentar publicaciones para el XII Foro Iberoamericano de Sistemas de Garantías y Financiamiento para la Micro y Pyme, sin que por tanto, necesariamente representen 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.

²³⁸ Complementado por cierto, con los principales alcances derivados de las circulares dictadas el 16 de octubre pasado, por la Super Intendencia de Bancos e Instituciones Financieras- en adelante la SBIF- y mediante las cuales y dando cumplimiento al mandato establecido por el artículo 18 de la ley 20.179, se establecieron las normas generales para las Sociedades de Garantía Recíproca y para las firmas evaluadoras de garantía recíproca. Circulares número 1 de la SBIF, de fecha 16 de octubre de 2007. Disponibles en internet en el mes de junio de 2011 en www.sbif.cl

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

inestabilidad financiera e insolvencia.²³⁹ Para el desarrollo del presente trabajo, hemos estimado necesario en primer término examinar las principales políticas públicas e iniciativas privadas, que hasta la fecha han sido llevadas a cabo en Chile para la puesta en marcha de las Instituciones de Garantías Recíprocas. En segundo lugar, hemos querido enunciar brevemente los principales efectos de carácter jurídico que la creación del sistema de garantías chileno traerá aparejado para la legislación chilena vigente. Finalmente, expondremos lo que hemos llamado como consideraciones generales y recomendaciones para la implementación del sistema, para cuya determinación hemos tomado 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, Argentina, El Salvador y el proyecto de Ley de SGR de Guatemala²⁴⁰. De antemano cabe señalar que los contenidos de nuestro estudio son de carácter general, pudiendo por tanto, la implementación y puesta en marcha del Sistema de Garantías chileno, el tener que requerir un mayor énfasis y análisis en unos u otros elementos.

Sumario

1. Introducción. 2. Políticas públicas y participación del mundo privado para la preparación e implementación progresiva del sistema de garantías recíprocas en Chile. 3. Fundamentos jurídicos-históricos de la ley Núm. 20.179. 4. Alcances jurídicos derivados de la ley 20.179. 5. Algunas consideraciones y recomendaciones para la implementación del Sistema de Garantías Recíprocas Chileno. 6. Reflexión Final.

²³⁹ En concreto, los seis títulos de la ley se denominan de la siguiente manera a saber; Título I “De la Constitución y Características de las Instituciones de Garantía Recíproca”, Título II “ De la Inversión de los recursos y de los Fondos”, Título III “ De las obligaciones y derechos de los accionistas”, Título IV “Del certificado de Fianza y la Contragarantía”, Título V “De la regulación de las Instituciones de Garantía Recíproca”, y finalmente encontramos Título VI sobre las “Medidas para enfrentar situaciones de inestabilidad Financiera e Insolvencia”.

²⁴⁰ Creemos importante destacar que para la elaboración de este proyecto de ley en particular, el Gobierno de Guatemala contó con la asesoría directa y permanente del Dr. D. Pablo Pombo González.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

1. Introducción.

1.1 El Origen del sistema de garantías: La dificultad de acceso al crédito.

Por todos es bien conocido el hecho que el acceso al crédito, es una y no la única dificultad de gran envergadura que las MiPymes (en adelante micro, pequeñas y medianas empresas) enfrentan actualmente, tanto en Chile como en todo Iberoamérica para alcanzar un desarrollo real y efectivo de sus actividades comerciales.²⁴¹

A mayor abundamiento, cabe recordar que según una encuesta reciente del Banco Mundial, el cuarenta por ciento de los créditos solicitados por las Mipymes chilenas son rechazados por falta de garantías, a lo cual se une que ellas sean las responsables de la generación de aproximadamente un ochenta por ciento de la fuerza laboral chilena considerada en su conjunto.²⁴²²⁴³

²⁴¹ Afirmamos que es uno de tantos problemas, ya que si por ejemplo nos detenemos sólo en la perspectiva de la praxis- jurídica, fácil resulta comprobar la serie de dificultades con que las Mipymes, y en particular las Mipymes chilenas se encuentran a diario en lo que dice relación al desarrollo efectivo de todo su ciclo jurídico- económico, o si se quiere decir en otras palabras, a su constitución, vida, desarrollo y fin, en tanto persona jurídica. En dicho sentido, importante resulta el futuro desafío para poder dotarlas de una mayor rapidez, tanto en lo que dice relación con el sistema registral de constitución en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces respectivo, como asimismo respecto a una modernización de la ley de quiebras. Del mismo modo, imperioso resulta considerar una nueva mirada en lo que se refiere a toda aquella amplia gama de solicitudes administrativas, sean éstas municipales (para la obtención y pago de patentes), como aquellas de cargo del Servicio de Impuestos Internos chileno (SII), en especial se requiere dar solución a la enorme cantidad de tiempo invertido innecesariamente para la obtención de su Rol Único Tributario e inicio o término de actividades, según las circunstancias del caso. A propósito, cabe recordar que se encuentra en la etapa de proceso diseño, la futura reforma para la modernización de notarios y Conservador de Bienes Raíces chilenos a través del perfeccionamiento correspondiente del sistema registral y notarial. Con esta medida se espera reducir el costo de movilidad crediticia, propia de un sistema de garantías recíprocas.

²⁴² Fuente: Economía y negocios on-line. Disponible en internet en el mes de junio de 2011, en www.economiaynegocios.cl

²⁴³ Ahora bien, a mayor abundamiento cabe señalar que por el actual gobierno se tiene proyectado que las MiPymes chilenas en el mediano y largo plazo, permitirán la generación anual de un 3% de plazas de trabajo adicionales. Lo anterior significaría que anualmente las MiPymes deberían llegar a genera del orden de 125.000 empleos adicionales y permanentes. En paralelo a esta importante cifra de empleo, se ha proyectado también para las MiPymes, una mayor participación en la generación del producto interno bruto (PIB)- de sólo un 15% en la actualidad- a una cifra esperada de un 30% en el año 2010, gracias a la producción de bienes y servicios con mayor valor agregado que se comercializarían tanto en el mercado interno como internacional.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

A propósito, cabe recordar que ya desde el mismísimo germen jurídico del sistema de garantías chileno, es decir con el Mensaje de S.E. el Presidente de la República,²⁴⁴ se consideró la necesidad de abordar y dar solución a los problemas señalados precedentemente. En efecto, estimamos que un fiel reflejo de ello, son los términos con que Mensaje Presidencial trató a lo que el mismo denominó como “*Las dificultades del acceso al crédito*”, señalando al efecto que: “...Uno de los problemas que se ha podido percibir a lo largo de los últimos años de ejecución de programas de apoyo financiero y técnico dirigidos a la mediana y pequeña empresa, es la carencia de un acceso expedito al financiamiento requerido para sus operaciones. Una de las razones de ello, agrega, es la escasa flexibilidad que posee el sistema de constitución, administración y cancelación o alzamiento de garantías en nuestro país, especialmente aquellas que más son exigidas por parte de la banca o de otros “financistas” para efectos de respaldar los créditos que otorgan a las pequeñas y medianas empresas. Éstas son la “prenda sin desplazamiento”, regida por la Ley N° 18.112 de 1982, y la “hipoteca”, reglada en el Título XXXVIII del Libro Cuarto del Código Civil”.

1.2 La relación género-especie y el giro exclusivo de las IGR.

Por otra parte, y sin entrar todavía a un análisis jurídico más acabado del tema, estimamos necesario recordar a priori, que la LSGR estableció claramente una relación género-especie, entre lo que por una parte denominó como el género, a cargo de las Instituciones de Garantías Recíprocas, y la especie por otra, a cargo de las denominadas por el legislador chileno como Sociedades Anónimas de Garantía Recíproca (SAGR) y/o las Cooperativas de Garantía Recíproca por otro- (en adelante CGR).²⁴⁵

²⁴⁴ 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).

²⁴⁵ En efecto, el artículo 2 letra e) de la ley 20.179 dispone que son “Institución (es) o Entidad (es) de Garantía Recíproca: las sociedades anónimas y cooperativas de garantía recíproca”.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

En consecuencia la primera IGR que se constituya en Chile, tendrá de acuerdo a su ley respectiva, dos opciones de constitución distintas, a saber;

La primera posibilidad es que se constituya bajo la forma de una Sociedad Anónima de Garantía Recíproca, rigiéndose en este caso en gran parte y de manera supletoria, por las normas de la ley Núm. 18.046²⁴⁶ de sociedades anónimas chilenas, y su reglamento respectivo.²⁴⁷²⁴⁸

La otra opción en cambio, es que se constituya bajo la forma de una Cooperativa de Garantía Recíproca, sometándose también en este caso en gran parte a las normas de su ley general correspondiente.²⁴⁹

Ahora bien, cabe señalar que cualquiera sea el ropaje jurídico que en definitiva se adopte por parte de IGR, en ambos casos, ya sea una SAGR, o bien una CGR, se tratarán de formas de asociación de giro exclusivo o único, es decir que sólo podrán desarrollar aquellas actividades autorizadas por el artículo 3 letra a) de la LSGR, consistentes en:

²⁴⁶ Ley número 18.046 sobre sociedades anónimas, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de octubre del año 1981, Ministerio de Hacienda, Chile.

²⁴⁷ 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.

²⁴⁸ Cabe recordar que en la exposición de motivos de la Ley 1/1994 sobre “Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca” se enuncian una serie de problemas que se habían derivado hasta esa fecha como efecto de la reemisión normativa de carácter genérica que hasta esa fecha existía en España. En efecto señala la exposición de motivos que: “Adicionalmente, el nuevo texto legal adecua la regulación de las Sociedades de Garantía Reciproca a la nueva legislación sobre sociedades anónimas, tal como figura en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. El Real Decreto 1885/1978 remitía genéricamente a la Ley de Sociedades Anónimas como derecho subsidiario. Tal solución creaba dificultades a la hora de determinar qué Artículos en concreto de la Ley de Sociedades Anónimas podían ser aplicados a las Sociedades de Garantía Reciproca. Por ello se ha optado por establecer un texto completo y desarrollado sobre el régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Reciproca, en el que ciertamente se hacen remisiones a la Ley de Sociedades Anónimas, pero se trata de remisiones puntuales, a Artículos concretos, evitando la difícil interpretación que significaba la remisión genérica contenida en el Real Decreto 1885/1978.” Sobre al particular, no se puede dejar de reconocer que con la remisión genérica a la ley 18.046 sobre sociedades anónimas, el legislador chileno no consideró esta serie de problemas.

²⁴⁹ 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”.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

En primer término, 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.

De otra parte, se agrega el poder prestar asesoramiento técnico, económico, legal y financiero a los beneficiarios.²⁵⁰

En tercer lugar, podrá administrar los fondos a que se hace referencia en el artículo 33.²⁵¹

Finalmente, se encontrará facultada para administrar las contragarantías que se hayan rendido a su favor de conformidad con los pactos que se celebren entre las partes.²⁵²

1.3 La prioridad otorgada a la SAGR.

A mayor abundamiento, estimamos que no sólo del análisis concordado de las propias normas que contienen la Ley, sino que asimismo por la orientación y expresiones vertidas por las autoridades del gobierno de turno, pareciera ser que los esfuerzos están siendo dirigidos en primera opción, para que sea la sociedad anónima, más que las

²⁵⁰ En torno a las modificaciones introducidas por la ley 1/1994 y al asesoramiento financiero que puede prestar la SGR española, el Dr. Pombo González, afirma que: “Las modificaciones de la ley son múltiples. En primer lugar se puede destacar, la ampliación del objeto social que permite un asesoramiento financiero en un sentido amplio a las pequeñas y medianas empresas. No es la creación de un sistema de consultoría, sino de un asesoramiento financiero integral que permite el acceso y gestión de los recursos financieros a las pymes” Pombo González Pablo, “Las Sociedades de Garantías Recíprocas: una experiencia de financiación de las pymes”, Página 295.

²⁵¹ Tal como explicaremos a continuación, en nuestra opinión, estos fondos establecidos en el artículo 33 de ley 20.179, referentes al régimen de Reafianzamiento de la IGR, se encuentran llamados a cumplir una labor de suma importancia en la implementación del sistema de garantías en Chile. En especial, al papel que le corresponderá cumplir a la CORFO, tanto en la entrega efectiva de los aportes al fondo, como asimismo en la coordinación y aplicación de sus líneas de créditos para las Mipymes chilenas, a través de la banca (licitada).

²⁵² En virtud de esta norma, creemos que la correspondiente IGR que se constituya al efecto, administrará los siguientes recursos; a) Reserva técnica o patrimonial del 20% del capital b) El Fondo al que hemos denominado reserva legal, correspondiente al 50 % de la reserva patrimonial, y a su inversión en los instrumentos señalados en los números 1), 2), 3) y 4) del artículo 5 de la ley 18.815.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

cooperativas, quienes gocen del privilegio de la inminente constitución, creación y puesta en marcha del sistema.²⁵³²⁵⁴

Sostenemos lo anterior en base a los siguientes argumentos;

²⁵³ A propósito del control y función de la sociedad de garantía recíproca española, el profesor Alberto Bercovitx reconoce que la sociedad anónima es una alternativa válida de ropaje jurídico para la SGR, al sostener que: “Ante la posibilidad, hay que hacer notar en primer término, al igual que se ha hecho con referencia a las sociedades cooperativas, que no existe en estos momentos ningún obstáculo para que las sociedades anónimas puedan constituirse con el objeto social típico de las SGR, esto es, con el objeto social de otorgar garantías a las pequeñas y medianas empresas. Así pues, hay que reiterar, al igual que se hacía en relación con las sociedades cooperativas, que la supresión de las SGR para ser sustituidas por sociedades anónimas constituiría simplemente un empobrecimiento de nuestro ordenamiento jurídico. Se suprimiría, en efecto, una de las modalidades posibles para cumplir la función de otorgar garantías a las pequeñas y medianas empresas; precisamente el tipo de sociedad que en la práctica actual está más identificado con esa finalidad. En las sociedades desarrolladas esa función de otorgar garantías a pequeñas y medianas empresas debe poder cumplirse por instituciones de diversa naturaleza, que compiten y atienden a esa actividad desde perspectivas diversas. No parece razonable, en principio, suprimir una de esas alternativas, pura y simplemente, en especial cuando la alternativa que se suprime es la que está cumpliendo en la práctica de una forma más evidente la función que se pretende satisfacer. Pero es que además, la propia naturaleza de la sociedad anónima, tal como está regulada actualmente en nuestro Derecho, no puede adaptarse de una manera eficaz al cumplimiento de la función peculiar de las SGR. Hay una razón básica para esa falta de adaptación. Consiste en que la sociedad anónima es la sociedad capitalista por excelencia, en la que los derechos políticos y económicos de los socios se miden por la participación de éstos en el capital social. Siendo esto así, en una sociedad anónima tiene más derechos políticos y mayores posibilidades de control de la sociedad quien más participación tiene en el capital. Por ello es absolutamente normal en este tipo de sociedades el control de las mismas por los grupos mayoritarios. Esa característica esencial a la sociedad anónima hace que si se constituyen sociedades de este tipo para otorgar garantía a las pequeñas y medianas empresas, el control de tales sociedades lo tendrán aquellos socios que tenga la mayoría del capital. No existirá, por tanto, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad de garantía recíproca, una posición igualitaria de los socios partícipes”, Estudio de Derecho Bancario y Bursátil, Libro Homenaje a Emilio Verdura y Trelles, Tomo I, Madrid 1994. Páginas 227 y 228.

²⁵⁴ Por su parte, el Profesor Fernando Sánchez Calero-J, en lo que denomina como *naturaleza y régimen de las sociedades de garantía recíproca españolas*, afirma que: “Las sociedades de garantía recíproca tendrán siempre carácter mercantil y están sometidas a la Ley 1/1994 y a las disposiciones que la desarrollen (art.4). Pero el régimen de esta sociedad es tan especial que se duda de que nos hallemos ante una subespecie de la sociedad anónima, porque sus participaciones sociales no se denominan acciones (arts. 7.1 y 20), su capital es variable (art. 7.2 y 3) y además tienen un aspecto personalista, pues es necesaria la condición de empresario del socio, perteneciente al sector o sectores mencionados en los estatutos (art. 6.1). En la exposición de Motivos de la Ley 1/1994 se apunta el “carácter mutualista” de estas sociedades, en lo que se refiere al derecho de los socios, lo que ha hecho afirmar a parte de la doctrina que nos encontremos ante una modalidad de sociedad cooperativa o mutua. Pero este dato de la ayuda recíproca no nos parece relevante, ya que se producen en general en todo tipo de sociedad y también en los consorcios de empresarios. La aplicación subsidiaria de las normas de la Ley de Sociedades Anónimas – aún cuando sea con el respecto a los principios básicos de la regulación de la S.G.R – y el examen de esta regulación nos lleva a considerar a esta sociedad como una modalidad muy especial de sociedad anónima. Los artículos 39, 44, 54, 57 y 63 de la Ley 1/1994, de S.G.R., se remiten expresamente a la L.S.A. y el art.252 del R.R.M declara aplicable igualmente como Derecho subsidiario los preceptos del Reglamento relativo a las sociedades anónimas”. Sánchez Calero-J, Fernando; “Instituciones de Derecho Mercantil”, Vol. I, 29 Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- a) Ya desde el propio artículo 1 de la LSGR, se aprecia esta preferencia. Al respecto, cabe recordar que primero la ley autoriza el establecimiento y creación de las SAGR, regidas por cierto por la ley Número 18.046²⁵⁵, y sólo en el inciso final de dicho articulado, se extiende a las CGR la posibilidad de su constitución legal y puesta en marcha.
- b) Es más, agrega el legislador que sus accionistas podrán ser personas naturales o jurídicas, y no *“que sus socios cooperativos o miembros y/o accionistas según sea el caso, podrán ser personas naturales o jurídicas”*, lo cual estimamos habría resultado más apropiado frente a las dos opciones viables de constitución de la IGR.
- c) A mayor abundamiento, si se analiza con detenimiento el texto íntegro de la ley 20.179, se puede visualizar cómo el legislador le ha dejado el camino más libre a las SGR. A vía ejemplar, cabe recordar de qué manera el título III de la ley, se denominó como *“De las obligaciones y derechos de los accionistas”* y no de *“De las obligaciones y derechos de los accionistas y/o socios”*, como debería haber sido en términos estrictos, para incluir a las CGR.
- d) Del mismo modo, el artículo 3 letra d) de la LSGR, señala que las IGR *“no requerirán el acuerdo de la junta para garantizar obligaciones de terceros”*....y agrega en su inciso segundo que *“Tal excepción será asimismo aplicable a las cooperativas constituidas para los efectos de esta ley”*. Al respecto, no puede dejar de sorprender el hecho que sea el Directorio de la Cooperativa, y no el de una junta de accionistas- el órgano ad-hoc para hacer frente a esta disposición. Es más, desde ya estimamos que dicha disposición al menos desde una interpretación irrestricta de la ley sería inaplicable por definición y estatutos a una futura CGR.

²⁵⁵ Ministerio de Hacienda, Ley número 18.046 sobre sociedades anónimas, Publicada en el Diario Oficial con fecha 22.10.1981.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- e) De otro lado, cabe recordar que el artículo 9 de la ley, se refiere a la distribución de los excedentes o dividendos, siendo ésta última figura la de aplicación por antonomasia para la distribución de utilidades de acuerdo sólo a las normas de la LSA y no a la Ley General de Cooperativas vigente en la actualidad.
- f) Por otra parte, y como razón de corte histórico, cabe recordar que en el propio Mensaje de S.E, se señaló expresamente que “...Asimismo, para materializar esta nueva clase societaria- refiriéndose a las Instituciones de Garantía Recíproca- el proyecto adopta como modelo las sociedades anónimas, cuyas normas de funcionamiento, contenidas en la Ley N° 18.046, cuentan con más de 20 años de aplicación y se han adaptado sucesivamente a los cambios en forma dinámica y flexible, a través de las sucesivas reformas a las leyes sobre mercado de capitales”.
- g) Finalmente, y en lo que respecta a la circular número 1 del SBIF, se vislumbra la preferencia argumentada precedentemente, en primer lugar en base a su propia denominación, al señalar la SBIF que su objeto consiste en establecer normas generales para las sociedades de garantía recíproca y *no para las instituciones de garantía recíproca en general*, denominación que en nuestra opinión, habría resultado más acorde para incluir a ambos tipos de asociación. De otro lado, cabe recordar que sólo en el numeral 3 del acápite III de la circular referida, denominado a su vez como “Otros aspectos regulatorios”, la SBIF estableció una regulación general para aquellas Cooperativas que se constituyan especialmente para el desarrollo exclusivo del giro de IGR. Al respecto y en líneas generales, cabe resaltar el claro acento supletorio establecido por la SBIF, en tanto deriva a la detallada normativa contenida en la misma circular (pensada para las SAGR), a todo aquello que no se encuentre regulado específicamente para las CGR.²⁵⁶

²⁵⁶ En efecto, el último párrafo del numeral 3 del acápite III de la circular, se señala expresamente que: “Las cooperativas de que trata este N° 3 podrán realizar todas las actividades permitidas a las instituciones de que

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

2. Las políticas públicas y la participación del mundo privado para la preparación e implementación progresiva del sistema de garantías recíprocas en Chile.²⁵⁷

A través de este punto, queremos hacer mención expresa a las tareas e iniciativas desarrolladas a la fecha en Chile, ya sea tanto de parte de la autoridades públicas como asimismo del mundo privado, para la puesta en marcha, preparación e implementación progresiva del sistema de garantías recíprocas, a saber; FOGAPE, Ministerio de Economía de Chile, Super Intendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), Corporación de Fomento (CORFO), Banca, etc.

2.1 Las políticas públicas.

Como primera tarea pública desarrollada en Chile, encontramos al denominado Fondo de Garantía del Pequeño Empresario, en adelante FOGAPE.²⁵⁸

Básicamente el FOGAPE, se constituye en un Fondo Estatal destinado a garantizar financiamientos que las instituciones financieras públicas y privadas otorguen a las Micro y Pequeños Empresarios y Exportadores, que no cuenten con las garantías suficientes en sus requerimientos de financiamiento.

Respecto a su administración, ésta ha sido entregada al Banco del Estado de Chile, en un doble rol. Por un lado, el FOGAPE, se configura en una unidad especializada de dedicación exclusiva, dependiente de la Gerencia General de Finanzas. Por otra parte, en tanto institución financiera usuaria, el FOGAPE dispone de Banca especializada de

trata esta Circular e igualmente serán clasificadas en categoría “A” o “B”, según lo señalado en el título II de estas instrucciones”.

²⁵⁷ La mayor parte de esta información ha sido obtenida a partir de las ponencias efectuadas en el XII Foro Iberoamericano de Sistemas de Garantías y Financiación para la Micro y Pyme, desarrollado en Santiago de Chile, entre los días 12 al 14 de noviembre de 2007. Disponibles en internet, en el mes de junio de 2011 en www.redegaranatias.com

²⁵⁸ El cual se encuentra regulado por el Decreto Ley Núm 3.472 de 1980, y supervisado por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras Chilena (SBIF).

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

atención de Micro y Pequeña empresa, siendo en la actualidad chilena, uno de los principales operadores, con un patrimonio cercano a los 80 millones de dólares.²⁵⁹

Es más, el FOGAPE junto a la labor desarrollada en el ámbito local chileno, ha cumplido un importante rol a nivel internacional, destacando entre otras tareas no sólo al ser un activo integrante de la red de Sistemas de Garantías Iberoamericanos y expositor en los foros Iberoamericanos de Garantías, sino que asimismo a través del continuo traspaso de su conocimiento adquirido y experiencia a otros organismos multilaterales y países. (Ej. Ecuador, Colombia, Paraguay), siendo además de paso, incluido en estudios de diversos organismos internacionales.

De este modo, basta ver las razones expuestas, para reconocer que el FOGAPE en el desarrollo de su labor, ha demostrado ser una herramienta potente y muy eficaz para dar acceso al financiamiento de pequeños empresarios chilenos.²⁶⁰

Como segunda política pública, encontramos el importante trabajo que hasta la fecha ha realizado la CORPORACIÓN DE FOMENTO CHILENA- en adelante también CORFO, quien sobre la base de poder lograr un impacto en las tasas a público de largo plazo para el financiamiento de proyectos de inversión de las Pyme chilenas, ha generado un verdadero “efecto línea” en el sistema financiero, asegurando asimismo no sólo que los recursos estén disponibles en varios intermediarios financieros bancarios a lo largo del tiempo, sino que ha complementando la actual oferta de garantías que entrega el ya referido FOGAPE.

²⁵⁹ A mayor abundamiento, creemos justo destacar que entre otras razones, el éxito y eficiencia que hasta la fecha ha presentado FOGAPE, se ha debido entre otras, a las siguientes características propias, a saber; 1) Es un Fondo sostenido financieramente por sí mismo. 2) Sus ingresos son superiores a los gastos generales y comisiones pagadas. 3) Presenta una elevada liquidez, que garantiza una alta cobertura de pagos por los fallidos. 4) Posee una política de provisiones conservadora, con una alta cobertura de siniestralidad. 5) Genera flujos de caja positivos de manera recurrente. 6) Finalmente, cabe recordar como un factor de su eficiencia, el estar administrado por un equipo de sólo 5 personas.

²⁶⁰ Finalmente cabe señalar que a partir del mes de septiembre del año en curso, la CORFO complementa a Fogape con un fondo de garantías enfocado principalmente a medianas empresas. De este modo FOGAPE entrega en la actualidad una cobertura de garantías a toda la gama de empresas PYMEs chilenas.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Con dicho fin, la CORFO ha desarrollado a la fecha dos instrumentos particulares de suma importancia para el acceso al crédito para las Mipymes chilenas, como lo son por una parte, el denominado Fogaín, y por otro, las líneas de crédito de fondo de inversión y su reciente licitación a la banca privada. Respecto al Fogaín, cabe señalar que éste se constituye en una cobertura de CORFO destinada a garantizar créditos y operaciones de leasing de mediano y largo plazo, que las diversas instituciones financieras hubiesen otorgado a Mipymes que no hayan contado con garantías suficientes para tal objeto.²⁶¹ De otro lado, encontramos la línea de crédito Fondo Inversión, la cual consiste en un financiamiento que tiene como objetivo incentivar el desarrollo de alternativas de financiamiento de largo plazo a tasas de interés favorables para las Mipymes, permitiéndoles financiar sus respectivas inversiones. Al respecto, cabe destacar que en la licitación del referido crédito de fondo de inversión, se establece que los Bancos podrán utilizar sus propios recursos o bien los de CORFO inversión para la colocación del crédito respectivo.²⁶²

Finalmente, a nivel legislativo encontramos dos reformas, de reciente data.

La primera de ellas, es la reforma introducida el 7 de noviembre de 2006 mediante la ley Núm. 20.130, sobre Timbres y Estampillas. Mediante dicha ley se eximió del pago del Impuesto de Timbres y Estampillas a todas las reprogramaciones de créditos, de modo que quien se cambie de institución financiera para aprovechar una mejor oportunidad de crédito no tendrá que pagar el impuesto dos veces. La exención del pago del impuesto rige en todas las operaciones de refinanciamiento y no sólo, como antes, respecto de créditos hipotecarios. Además, se reduce gradualmente la tasa con que se gravan las nuevas operaciones de crédito, pasando del 1.6% a 1.2%. De este modo, la eliminación del

²⁶¹ Entre las características particulares del Fogaín, cabe destacar que: a) No es un crédito; ya que opera como una garantía. b) Permite dar acceso al crédito a los empresarios elegibles que no disponen de garantías suficientes. c) Es una garantía líquida, comparándola con otras garantías. Ella se puede cobrar al inicio de acciones judiciales (notificación).

²⁶² De otra parte, cabe agregar que a las labores desarrolladas tanto por el FOGAPE como por la CORFO se suma el desarrollo del programa denominado “Chile emprende contigo”, impulsado e implementado por el Ministerio de Economía Chileno.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

impuesto de timbres y estampillas para las repactaciones crediticias, contribuye a la reducción del costo de la movilidad crediticia.

En segundo lugar, está la entrada en vigencia de la denominada Ley Mercado de Capitales II, la cual vino a introducir cambios tributarios e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo.²⁶³

Respecto a su contenido, estimamos necesario destacar los siguientes hechos;

La ley promueve la disponibilidad de financiamiento para las PYMES, con la creación de nuevas empresas por parte de personas que tengan capacidades de emprendimiento.

La normativa otorga un beneficio tributario, que se aplica a los fondos tanto públicos como privados que inviertan en empresas más pequeñas. El beneficio alcanza a los emprendedores e inversionistas que inviertan en empresas de capital de riesgo con ventas anuales inferiores a las 200 mil Unidades de Fomento²⁶⁴, en adelante UF, y también a fondos de inversión que invierten en empresas más grandes con ventas inferiores a las 400 mil UF.

La ley autoriza a CORFO a asociarse en fondos especializados en capital de riesgo con hasta el 40% de la propiedad. También se faculta a las instituciones bancarias para invertir hasta el 1% de sus activos en capital de riesgo, a través de las administradoras de fondos de inversión filiales.

²⁶³ 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 junio de 2011 en www.bcn.cl

²⁶⁴ La Unidad de Fomento es una unidad monetaria chilena de carácter variable. Su valor actual aproximado es de 39.49 dólares.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Por otra parte, cabe recordar que la nueva normativa fomenta la emisión desmaterializada de documentos, reconociendo como originales los recibidos electrónicamente y establece exigencias estrictas de custodia para los títulos que poseen los inversionistas institucionales.

2.2 El papel del mundo privado y de la banca chilena en particular.

En lo que se refiere al mundo privado, y en particular a la banca chilena, cabe destacar el desarrollado de las siguientes labores para el fomento de las MiPymes y de su acceso al crédito;

En primer término, cabe destacar lo realizado a la fecha por el Banco del Estado de Chile, a través de no sólo el desarrollo de estrategias comerciales y modelos de negocios especializados para las Mipymes (segmentación y sub segmentación), sino que asimismo por medio de la coordinación con sistemas de garantías para clientes en crecimiento, desarrollando así una importante labor de aproximación con el mundo Mipyme y de su problema al acceso de créditos en particular.

De otro lado, encontramos al Banco de Crédito e Inversiones (BCI), quien ha efectuado una importante labor tanto a través de su programa de televisión denominado “Mirada Empresarial”, como asimismo con su programa nace y re-nace para emprendedores, y re-emprendedores respectivamente.

Finalmente, está la futura implementación de un software desarrollado en Francia, y adaptado a la realidad chilena por parte del Foro Pro Innovación. Con dicho software, se pretende poder abordar y solucionar de una mejor manera los problemas derivados del riesgo, quiebra y re emprendimiento para las Mipymes chilenas.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3. Fundamentos jurídicos-históricos de la ley Núm. 20.179.

En este tercer acápite, quisiéramos hacer una escueta referencia a los fundamentos y razonamientos jurídicos-históricos que fueron considerados para la posterior dictación de la LSGR.

En dicho sentido, creemos que el mejor reflejo de ello, a saber; tanto en lo que respecta a la solución esperada de los problemas que presenta actual sistema de garantías chileno, como asimismo al futuro cambio que se avecina para éste, se puede desprender de los términos vertidos en el ya mencionado mensaje de S.E. el Presidente de la República para la ley 20.179.²⁶⁵

Para tal efecto, y siguiendo al propio mensaje, hemos estimado necesario agrupar los principales fundamentos, objetivos, y razonamientos sobre los cuales se estructura la LSGR de conformidad a la siguiente forma;

1. Problemas del actual sistema de garantías.
2. El funcionamiento del sistema de garantías.
3. Base del funcionamiento del nuevo sistema: las garantías y contragarantías.
4. Soluciones esperadas con la puesta en marcha del sistema de garantías recíprocas.
5. La importancia de la experiencia comparada en materia de sistema de garantías.

En primer término, encontramos lo que el mensaje presidencial denominó como los problemas del actual sistema de garantías, al sostener que: “...La constitución de las mencionadas cauciones, (refiriéndose tanto a la “prenda sin desplazamiento” regida por la Ley N° 18.112 de 1982, como a la “hipoteca”, reglada en el Título XXXVIII del Libro Cuarto del Código Civil), constituye un acto complejo y solemne, que contempla, en la

²⁶⁵ Mensaje Presidencial, Ob. cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

práctica, más allá de los requerimientos legales, los siguientes trámites: 1) Una tasación de los bienes respecto de los cuales se constituirá la prenda o hipoteca; 2) El estudio de los títulos o antecedentes legales; 3) La suscripción de la correspondiente escritura pública; 4) La inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes o en el Registro de Prendas, a cargo del Conservador de Bienes Raíces del domicilio en que están situados los bienes; 5) En el caso de la prenda sin desplazamiento, la publicación de un extracto de la escritura pública en el Diario Oficial; y finalmente, 6) La obtención de los certificados de estas actuaciones”. Como es sabido, agrega, ambas garantías son derechos reales que se constituyen en favor de un tercero, pero recaen en bienes diversos: muebles, en el caso de la prenda, e inmuebles, en el caso de la hipoteca. Sin embargo, poseen una relevante característica común, cual es el hecho que ese bien sobre el cual recaen permanece materialmente en manos del deudor, quien puede continuar utilizándolo con normalidad. Esto explica su gran utilización en la práctica comercial”. Agrega el mensaje que: “Este elevado número de trámites conlleva a que el proceso, además de complejo, sea oneroso para el solicitante del crédito y dificulte que el deudor pueda transferir con facilidad las mismas garantías a otro agente del mercado financiero que le otorgue mejores condiciones de endeudamiento. Por otra parte, se presentan también otros problemas prácticos conexos. Primero, que el sistema actual de cauciones permite al deudor, normalmente, obtener sólo un monto de crédito inferior al valor de tasación del bien sobre el cual recae la garantía. Segundo, que por regla general el mismo bien no podrá ser ofrecido ante otro agente financiero para obtener un nuevo crédito, a menos -claro está- que se pague el crédito anterior y se cumplan las formalidades para la constitución de una nueva caución. Asimismo, debe tenerse presente que las empresas no sólo otorgan garantías a las instituciones de crédito que les confieren los recursos financieros necesarios para sus inversiones o para cubrir su capital de trabajo, sino que muchas veces deben también garantizar el fiel cumplimiento de los contratos que suscriben en el marco de sus actividades, garantizar la seriedad de sus ofertas y, en general, garantizar el cumplimiento de cualquier obligación vinculada a al desarrollo de su giro. Como resulta evidente, frente a tantos requerimientos, o suelen carecer de nuevos bienes sobre los cuales constituir esas

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

cauciones, o si los tienen, deben asumir los elevados costos a que se ha hecho referencia precedentemente”.²⁶⁶

En segundo lugar, al tratar lo que el mensaje llamó como el funcionamiento del sistema, señala que: “.....Estas sociedades- refiriéndose a las Sociedades de Garantía Recíproca- operan otorgando garantías a favor de sus asociados o beneficiarios, las que se encuentran respaldadas por un patrimonio colectivo aportado principalmente por quienes solicitan tales garantías. El modelo predominante de operación de este tipo de sociedades establece una identidad entre (i) quienes aportan el capital de garantía, (ii) quienes gestionan y otorgan las cauciones, y (iii) entre quienes son los beneficiarios de las mismas. Este gran desarrollo se debe a que la formación de una Sociedad de Garantía Recíproca genera importantes externalidades positivas para sus beneficiarios. Así por ejemplo, produce una mayor capacidad de negociación con los agentes financieros, pues el riesgo del conjunto de garantías es sustantivamente menor al riesgo individual; y esto, a su vez, origina una mejoría sustancial en las condiciones de los créditos obtenidos. Además, estas sociedades brindan a sus beneficiarios asesorías de orden financiero, legal y de evaluación previa de riesgo, entre otras”.

Luego considera el mensaje a lo que nomina como la base del funcionamiento del nuevo sistema: las garantías y contragarantías, afirmando al efecto que: “...El sistema que se propone en el presente proyecto de ley, asociado a la creación de las Sociedades de Garantía Recíproca, consiste fundamentalmente en lo siguiente:

²⁶⁶ En suma, señala el mensaje: “...el actual sistema de cauciones genera importantes ineficiencias que se traducen en costos para el pequeño y mediano empresario, tales como: 1) Los tiempos de demora en la constitución de la garantía. 2) Los elevados desembolsos en que el empresario debe incurrir para otorgarla, por exceso de trámites para ello.3) La limitación del monto del crédito garantizado al valor del bien entregado en garantía. 4) Las limitaciones para que el deudor obtenga nuevos créditos con la misma garantía, a pesar que el valor de la deuda primitiva sea muy inferior al del bien que le sirve de garantía, y 5) Las restricciones a la movilidad entre acreedores y los altos costos que se asocian a ello”. Mensaje Presidencial, Ob. cit.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Los socios de una Sociedad de Garantía Recíproca podrán otorgar garantías a ésta las “contragarantías” con cargo a las cuales la sociedad afianzará las obligaciones que aquellos contraigan con terceros acreedores.

Para efectos de afianzar las obligaciones de uno de sus beneficiarios, la Sociedad de Garantía Recíproca suscribirá con el accionista un “Contrato de Garantía Recíproca” y extenderá un “Certificado de Garantía”, que tendrá mérito ejecutivo para su cobro.

Frente al incumplimiento del deudor, la Sociedad de Garantía Recíproca, en su calidad de fiadora, deberá asumir la deuda ante el acreedor respectivo. Además, deberá accionar en contra del referido deudor, con el fin de hacer efectivas las contragarantías que éste hubiere otorgado a la sociedad.

La sociedad podrá afianzar diversas obligaciones del deudor y ante uno o varios acreedores, aun cuando el bien entregado en garantía sea uno. En otros términos, para efectos de caucionar las obligaciones de uno de sus socios la Sociedad deberá atender únicamente al valor del o los bienes que garantizan la fianza.

El proyecto propone, además, que diversos organismos públicos que cuentan con programas de apoyo financiero o crediticio a pequeños empresarios puedan participar y apoyar el desarrollo de esta iniciativa”.

Por otra parte, encontramos a las denominadas soluciones esperadas con la puesta en marcha del Sistema de Garantías Recíprocas, al disponer el mensaje presidencial que: “...Ha sido necesario avanzar en el diseño de mecanismos que permitan una mayor flexibilidad en el uso de las garantías ya existentes en el ordenamiento, con el fin de ampliar las fuentes de financiamiento de las empresas”. En dicho sentido agrega 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

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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”.

Finalmente, encontramos la importancia que el mensaje atribuye a la experiencia comparada en materia de garantías, al señalar por una parte que: “...El proyecto que se somete a vuestra consideración se basa en la experiencia comparada existente en este tipo de sociedades, con las necesarias adaptaciones a las particularidades de nuestro ordenamiento. Como se señaló, dicha experiencia muestra con claridad cómo mediante la operación de esta clase de sociedades, se pueden superar las limitaciones que enfrentan las pequeñas y medianas empresas en materia de acceso a financiamiento”²⁶⁷, y para agregar por otra parte que: “...Las Sociedades de Garantía Recíproca son un instrumento jurídico utilizado desde hace varios años en el derecho comparado. En efecto, en la mayoría de los países europeos y algunos sudamericanos, como Argentina, se reconoce expresamente la existencia de este tipo de sociedades. En Europa, por ejemplo, constituyen verdaderas entidades financieras que han tenido un gran éxito y un importante desarrollo; y que incluso se encuentran relacionadas entre sí y cuentan con una forma de organización y de integración supranacional”.

4. Alcances jurídicos derivados de la ley 20.179.

Al referirnos a los alcances jurídicos derivados de la ley 20.179, estamos haciendo mención al conjunto de normas e instituciones jurídicas chilenas, que producto de la entrada en vigencia de la ley, se verán afectadas o alcanzadas, ya sea por un remisión

²⁶⁷ A mayor abundamiento señala el mensaje que: “Hasta la fecha, nuestro país no cuenta con experiencia relativa a la operación de las Sociedades de Garantía Recíproca. Sin embargo, existen abundantes antecedentes relativos a sociedades de giro único o exclusivo, las que se encuentran sometidas a normas específicas de funcionamiento y operación, y que permiten contar con una base concreta para la inserción de este tipo de sociedades en el ordenamiento jurídico nacional. Por ello, el proyecto propone que las Sociedades de Garantía Recíproca deban ser sociedades de giro exclusivo, impidiéndose además que otorguen directamente créditos a sus beneficiarios.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

expresa por parte del legislador, o bien, al constituirse en instituciones y/o figuras jurídicas vinculadas con la puesta en marcha e implementación del sistema de garantías;

En primer lugar, encontramos la ya referida Ley Núm. 18.046 sobre sociedades anónimas. Ello a partir de las reemisiones tanto genéricas como particulares que efectúa la LSGR, en especial tratándose de los estatutos, división y/o fusión de las denominadas SAGR.

De otro lado, se encuentran las normas que regulan a las Cooperativas de Ahorro y Crédito chilenas, al ser éstas la segunda alternativa válida en la futura creación de las denominadas Sociedades de Garantía Recíproca, en términos del legislador.

En tercer lugar, están las normas respectivas de tanto el juicio ejecutivo como asimismo de la ley de quiebras que resultarán aplicables tanto expresa como tácitamente por referencia del legislador de la LSGR.

En cuarto término, encontramos la ley número 4.287 sobre prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos²⁶⁸. Ello a raíz de la posibilidad de poder establecer este tipo de prenda sobre las acciones o cuotas de capital para acceder a la fianza de la SGR.

Finalmente están las normas que regulan la constitución y extravío de los títulos de créditos chilenos. Al respecto, desde ya creemos que se abre el camino para una posible aplicación de las características de materialidad y literalidad a los certificados de garantía regulados en la ley.

²⁶⁸ 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

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Como corolario, se agrega por remisión expresa del legislador, a la ley Número 18.876 que “Establece el marco legal para la constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores.”

5. Algunas consideraciones y recomendaciones para la implementación del Sistema de Garantías Recíprocas Chileno.

A partir del análisis de las normas y experiencias internacionales, hemos querido señalar en este quinto apartado, a una serie de consideraciones generales y recomendaciones que esperamos sirvan de guía y referencia para la constitución e implementación de la primera Institución de Garantía Recíproca chilena;

Por un lado, encontramos lo que hemos llamado como *consideraciones generales*.

A través de ellas, queremos hacer mención a un resumido pero no por ello menos exhaustivo listado de ciertos hechos tanto empíricos como jurídicos, que estimamos pueden ser considerados tanto en la constitución como en la implementación de la primera IGR chilena;

- a) La ley chilena sobre IGR más que elaborar el desarrollo de una política integral para el desarrollo de las Mipymes chilenas, se limitó en buenas cuentas a establecer el marco legal y los requisitos de constitución de las IGR.
- b) Las IGR son un tipo social autónomo distinto de las sociedades anónimas y de las cooperativas.²⁶⁹ El éxito alcanzado en otras legislaciones al respecto, se basa

²⁶⁹Al respecto, resulta útil traer a colación algunos de los fragmentos más importantes de la obra, “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, de Enrique Gómez Jiménez, y en donde a propósito de la relación existente entre la SGR española y la Sociedad Cooperativa se afirma que: “Por su estructura y funcionamiento, las S.G.R, responden a las connotaciones típicas del movimiento cooperativo, si bien algunos de los elementos definitorios de este tipo de sociedades aparecen en ellas diluidos. Los elementos subyacentes a las sociedades cooperativas que recoge el R.D son: La propia restricción subjetiva al objeto social. La finalidad de este tipo de asociaciones es prestar un servicio a sus socios, y solamente ellos pueden obtenerlo.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

entre otras razones, en que no han olvidado su carácter mutualista y aglutinador de esfuerzos para los micros, pequeños y medianos empresarios. En dicho sentido, el perseguir un fin de lucro, si bien es cierto que se les reconoce a este tipo de sociedades en otras realidades, no se constituye en su foco principal y único de atención. Al respecto, no se puede dejar de mencionar que la ley chilena no distingue entre socios partícipes y socios protectores, como ocurre en el resto de las legislaciones de la región.

- c) La ley chilena al tratar a las IGR, más que abocarse a la idea de un tipo social autónomo y de corte mutualista,²⁷⁰ prefirió regular el establecimiento de una

Se da por tanto la condición de la sociedad cooperativa: la de ser socio y prestatario del servicio en una misma personas. El principio de puerta abierta y capital variable. Esta nota peculiar del sistema cooperativo queda recogida en el artículo sexto, aunque en principio se ve restringido en la práctica por el carácter personalista y el previo y necesario estudio de la persona que aspira a ser socio. La limitación de beneficios. Este es el sentido del artículo veintisiete que excluye a los socios de la participación en plusvalías asignándolas a la sociedad. La regulación del derecho al voto. El principio cooperativo de igualdad de voto, un hombre un voto, se refleja en el artículo veintiuno, que admite que los estatutos pueden atribuir a cada socio un voto. No obstante, es contemplado más bien de modo excepcional por lo que al acogerse como norma general al sistema de mayorías o votación proporcional al capital suscrito, se desvirtúa este principio cooperativo”. De otro lado, pero ya respecto a lo que denomina como la “forma jurídica específica”, Gómez Jiménez, agrega que: “A la vista de las experiencias extranjeras y teniendo en cuenta la regulación de las sociedades en España, el problema que se planteó fue dar una forma determinada a estas sociedades, y ello porque no existía en el ordenamiento jurídico español ningún tipo social que se ajustase a lo que se pretendía fuese la S.G.R. Cabían por tanto tres posibles alternativas: adoptar el régimen de las Sociedades Anónimas, calificarlas como Cooperativas o darle una regulación autónoma. La adopción de lo legislado para las Sociedades Anónimas planteaba dificultades, como la cifra fija y determinada del capital socio o el carácter personalista de las S.G.R que resultaba difícil de conciliar con la máxima transmisibilidad que la ley otorga a las acciones de las S.A. En cuanto a su calificación como Sociedad Cooperativa, fue una idea que se recogió en algunos de los antecedentes inmediatos al R.D de 1978, como el Anteproyecto de Estatutos para Cooperativa de Garantía Mutua elaborado por el I.R.E.S.C.O. No obstante, la legislación Española no terminaba de gustar, dadas las dificultades para adaptarla a la realidad que se pretendía regular. Por lo tanto, esta opción fue también desechada”. Gómez Jiménez, Enrique M, “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, Universidad de Granada, Biblioteca de Ciencias Económicas y Empresariales, 1994. Ob.cit.

²⁷⁰ A propósito de las características de las SGR como tipo social autónomo, y en particular, en torno a la mutualidad en tanto característica esencial de las sociedades de garantía recíproca, el profesor Alberto Bercovitz afirma que: “Para considerar la más adecuada solución a esta alternativa es preciso señalar, ante todo, cuáles son las características de las sociedades de garantía recíproca como tipo social autónomo, para pasar a examinar seguidamente si otros tipos sociales podrían cumplir con igual eficacia la misma función. Como es sabido, las sociedades de garantía recíproca están constituidas por empresarios y tienen por objeto el otorgamiento de garantías a sus socios para las actividades empresariales que éstos desarrollan (art. 1º RD 1885/1978). De esta noción resulta ya una característica esencial de las sociedades de garantía recíproca, que consisten en su carácter mutualista. Ese carácter condiciona elementos esenciales del régimen legal de estas sociedades. En primer término, ya se ha dicho, el objeto social, puesto que las garantías que la sociedad

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

aplicación supletoria de tanto las normas contenidas en la ley de sociedades anónimas (LSA), como de las normas que regulan a las Cooperativas de Ahorro y Crédito, según sea el caso.

- d) La ley chilena sobre IGR, más que centrarse en el respaldo financiero que significa la existencia de la IGR para las Mipymes chilenas y el de su acceso al crédito en condiciones más favorables mediante su establecimiento, pretende establecer una nueva mirada a las garantías tradicionales- tanto reales como personales- existentes en la actualidad.

- e) Es más, estimamos que la ley 20.179 centra la eficacia de su aplicación normativa en los siguientes hechos:

- 1. Creación de un sistema de garantías sumamente autónomo y auto financiable en base a las garantías y contragarantías respectivas.

otorga sólo pueden constituir las a favor de sus socios. En segundo término, la sociedad es de carácter abierto y capital variable (art 6° RD 1885/1978). Puesto que no se persigue obtener un beneficio que se reparta entre los socios, sino apoyar la actividad empresarial de éstos, facilitándoles las garantías que precisan en las mejores condiciones, no tiene sentido que la sociedad sea cerrada, por el contrario, el carácter abierto y el capital variable, al permitir que se adhieran continuamente nuevos socios, fortalece a la sociedad y le permite dar garantías en mejores condiciones; y desde otro punto de vista, el capital variable permite que los socios que ya no desean seguir en la sociedad la abandonen. En tercer lugar, otra característica fundamental es la de la limitación de los derechos políticos de los socios, tendente a evitar que ningún socio pueda dominar la sociedad. Así, la regulación legal limita al cinco por ciento del total de votos el número máximo de votos que puede tener un socio (art 21). Es cierto que este aspecto del carácter mutual ha quedado afectado por la modificación introducida por la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (disposición adicional 11), al modificar el artículo 21 del Real Decreto 1885/1978, en el sentido de permitir que un mismo socio protector sin finalidad de lucro pueda alcanzar hasta cincuenta por ciento del total de los votos. Otra consecuencia, por último, del carácter mutualista son las grandes limitaciones que establecen para el reparto de beneficios de la sociedad entre sus socios (art.45). Esta limitación responde a la idea de que lo que los socios buscan a través de la sociedad no es la obtención de unos beneficios, sino conseguir las garantías que necesitan en las mejores condiciones posibles. Junto con este carácter mutualista hay que destacar también que todo lo referente a regulación del capital de la sociedad, prescindiendo del carácter variable del mismo, se rige por los mismos principios que son aplicables a las sociedades de capital dentro de nuestro ordenamiento jurídico, fundamentalmente las reglas de las sociedades anónimas (arts. 14 y 39 a 42 RD 1885/1978)". Bercovitz Alberto, "La Sociedad de Garantía recíproca como tipo social autónomo", Estudio de Derecho Bancario y Bursátil, Libro Homenaje a Emilio Verdura y Trelles, Tomo I, Madrid 1994. Páginas 225 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

2. Efectividad del sistema de garantías en base a la fianza que la IGR le prestará a sus beneficiarios frente al acreedor correspondiente,²⁷¹ y a la denominada caución o contragarantía que otorguen sus beneficiarios.
 3. Existencia del denominado certificado de fianza. Para dotarlo de eficacia, se le otorgó por la ley 20.179, mérito ejecutivo para su cobro. Asimismo, estimamos que a través de su creación, se busca lograr una desformalización, agilización y mejora de las garantías tradicionales tanto personales como reales (hipoteca, fianza, aval, etc.) con las cuales cuentan en la actualidad las Mipymes chilenas.
- f) A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones iberoamericanas de similar naturaleza, la ley chilena es bastante escueta en su normativa, contando con sólo 35 artículos divididos en 6 títulos. Dicho hecho, si bien puede aparecer como una desventaja, en nuestra opinión, admite ser subsanado vía una reglamentación detallada de los estatutos de la IGR que se constituya al efecto.
- g) Creemos que la ley chilena más que centrarse en la búsqueda de liquidez de la IGR, centra su estructura en las garantías y contragarantías de sus beneficiarios.
- h) Si bien se extraña una mayor regulación en materia de Reafianzamiento para la IGR, creemos que ello se puede suplir con la labor que efectuarán en un futuro próximo, tanto en FOGAPE como asimismo la CORFO al respecto.
- i) Del análisis de las Circulares de la SBIF se desprende un verdadero espíritu e intención “corporativa” en la constitución y puesta en marcha de las IGR. En

²⁷¹ En nuestra opinión, el papel de acreedor establecido por la Ley 20.179 será sumido por toda o parte de la banca chilena. Al respecto, no se puede dejar de considerar los altos niveles de concentración y acaparamiento de cuota de mercado, que presenta en la actualidad, la banca chilena considerada en su conjunto.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

dicho sentido, pareciera ser que tanto la autoridad respectiva como asimismo del propio tenor de ley, se deriva una marcada preferencia hacia la sociedad anónima en general y a la sociedad anónima abierta (SAA) en particular, para constituirse en el ropaje jurídico o tipo societario necesario para la implementación del sistema de garantías. Al respecto, si se analiza con detención la experiencia comparada al respecto, dicho hecho aparece como algo inédito en este tipo de sistemas de garantías.

- j) De otro lado, se vislumbra de parte de la Super Intendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile- SBIF- una fuerte regulación y control para la IGR, sobre todo cuando se constituya en Sociedad Anónima Abierta -SAA.
- k) Finalmente, no se puede dejar de considerar el hecho que de acuerdo a la ley 20.179 una parte importante de su reserva técnica (legal) deberá destinarse obligatoriamente a Fondos de Inversión, con las ventajas y desventajas que ello acarrea.²⁷²

Por otra parte, encontramos lo que hemos denominado como *recomendaciones propuestas*.

²⁷² En efecto, de acuerdo al artículo Número 6 de la ley 20.179, “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. 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”, es decir la inversión 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; o bien en; 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”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

A través de ellas, queremos simplemente transmitir una guía ilustrativa y meramente referencial que en nuestra opinión, resultará útil para una próxima constitución e implementación del sistema de garantías recíprocas chileno;

- a) Como señalamos anteriormente, el sistema de garantías recíprocas impulsado en Chile, centra su funcionamiento y foco de atención en el valor y ejecución de las garantías y contragarantías, como asimismo en el cambio, rapidez y desformalización de las garantías tradicionales (personales y reales) existentes en la legislación chilena.
- b) La implementación de la primera IGR deberá considerar con cautela la forma como se desarrollará la labor de reafianzamiento, que hasta al momento y por mandato de la ley 20.179, le correspondería cumplir al FOGAPE, administrado por el Banco del Estado de Chile.
- c) CORFO Chile, puede jugar un papel de suma importancia para el desarrollo progresivo del sistema, en especial en base a la entrega de los subsidios, y en especial a través de las líneas de crédito para las pymes (licitadas a la banca chilena).
- d) Tanto la ley 20.179, como asimismo las circulares dictadas hasta la fecha por la SBIF, impulsan el desarrollo de un verdadero gobierno corporativo en torno a las IGR. Al respecto, creemos que si bien ello puede aparecer como una forma novedosa de aplicar el sistema de garantías recíprocas en la región, no se puede dejar de desconocer que de acuerdo a experiencias anteriores se ha demostrado la importancia del desarrollo de una participación conjunta, de tanto el ámbito público como del mundo privado. En dicho sentido, no se pueda dejar de mencionar que en muchas legislaciones iberoamericanas (España, Argentina, etc.) se señala expresamente que las IGR otorgan participaciones o derechos

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

sociales, las cuales no son negociables o transables en bolsa de valores, y que por tanto, tampoco se podrán denominar como acciones.

- e) Aún cuando se adopte la forma de una SAA- Sociedad Anónima Abierta, estimamos que sus respectivos estatutos sociales deberían contener una serie de restricciones y prohibiciones que les permitan dotarlas de un corte más mutualista.^{273 274}

Sostenemos lo anterior, ya que en caso contrario visualizamos los siguientes peligros para el sistema;

- a) Desinterés por parte de las Pymes para ingresar al nuevo sistema, al perder representatividad efectiva.
- b) Pérdida de beneficios directos para los miembros Pymes, en especial en torno al acceso a mejores condiciones de crédito.
- c) Desnaturalización del sistema de garantías recíprocas, producto de la toma de control mayoritario y control de sociedad por parte de la Banca u otra institución financiera que transe en bolsa de valores.²⁷⁵

²⁷³ Si se opta por este tipo social (SAA), se recomienda no se descarte la posibilidad de incluir un tipo de acción (serie A), con restricciones a su transmisibilidad, al modo de cómo operan en la actualidad chilena algunas sociedades anónimas con aporte estatal y que gozan de una personalidad jurídica de derecho público.

²⁷⁴ V., Vásquez Cueto, José Carlos; “Las Sociedades con Base Mutualista”; Jiménez Sánchez Guillermo J, (coordinación), “Derecho Mercantil”, 10 Edición actualizada, septiembre 2005, Barcelona.

²⁷⁵ El destacado profesor español D. Alberto Bercovitz, Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, arriba a una conclusión similar a la expresada en el número 5) precedente, al señalar que: “La consecuencia evidente de sustituir las sociedades de garantía recíproca por sociedades anónimas sería que éstas podrían ser dominadas por algunos de los accionistas y muy probablemente, pasar a formar parte de grupos de sociedades posiblemente dominados por entidades de crédito...”. De la misma forma, el profesor Bercovitz agrega que: “Cuando una asociación o un sindicato de empresarios promueve y participa mayoritariamente en una sociedad anónima cuyo objeto consiste en establecer un sistema de garantía mutua entre las empresas asociadas interesadas en el mismo, resulta que las empresas beneficiarias de las garantías pueden tener, a través de la asociación, un cierto control indirecto de la sociedad anónima gestora del fondo de garantía y consecuentemente sobre la gestión del fondo y sobre la concesión de garantía. Se suple así, de algún modo, la falta de carácter mutualista de la sociedad anónima, aunque esta suplencia tengo

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- d) Si se toma la opción de constitución bajo la forma de una SAC- Sociedad Anónima Cerrada, estimamos conveniente que sus estatutos contengan una detallada normativa, afín de que a través de esta vía, no sólo se regulen adecuadamente los derechos y obligaciones que se derivan para los acreedores y beneficiarios del sistema, si no que además para que así se permita acercar aún más a la IGR chilena a las formas societarias adoptadas al respecto por otras legislaciones de la región. Es más, de adoptar este ropaje jurídico, recomendamos el incorporarle una serie de restricciones y cambios más propios de este tipo de sociedades y sistemas de garantías. Creemos que ello es perfectamente posible, ya que como mencionáramos, la ley no es detallada en su normativa, derivando en los propios estatutos de la institución de garantía recíproca el establecer su regulación interna. Sólo a vía ejemplar, estimamos que sería imperioso y sumamente necesario que en los estatutos respectivos, se establezcan normas respecto a la variabilidad del capital, como asimismo respecto a futuras restricciones en el traspaso de acciones, esto último a través de un pacto de accionistas ad-hoc.²⁷⁶
- e) Finalmente, recomendamos no dejar de lado y analizar la opción de constituirse la primera IGR bajo la forma de una CGR- COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO, en atención a las siguientes consideraciones;

unas condicionamientos y limitaciones que no cabe ignorar. En efecto, esa especie de carácter mutualista indirecto, a que se ha hecho referencia, está condicionado a que los beneficiarios de las garantías tengan, a través de su participación en la asociación, una posibilidad efectiva de influir en las decisiones de la sociedad anónima. Existe, pues, el riesgo de que se produzca una disociación entre los intereses y los planteamientos de los beneficiarios y los de la asociación, bien por la incidencia de factores ajenos a la problemática concreta de la sociedad anónima, bien porque dada la estructura o los estatutos de la asociación los beneficiarios de las garantías no tengan un cauce para participar de una manera concreta en el control de la gestión del fondo de garantía. Y también puede ocurrir que se discrimine en la concesión de las garantías favoreciendo a las empresas con mayor peso específico dentro de la asociación.”. Bercovitz, A, “La Sociedad de Garantía Recíproca como tipo social autónomo”, en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Libro Homenaje a Emilio Verdura y Tullés, Tomo I, Madrid, 1994, Páginas 230-234. Ob.cit.

²⁷⁶ Estimamos que mientras la variabilidad del capital permitirá un acceso más libre para los nuevos socios, las restricciones a la transferencias de acciones por su parte, (mediante un acuerdo del consejo de administración y/o directorio de la IGR), permitirá acercar más a la futura IGR chilena a las experiencias comparadas al respecto, en especial a las realidades Española y Argentina.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Las Cooperativas de ahorro y crédito de acuerdo a los artículos los artículos 86 a 90 de su Ley General;²⁷⁷ “Son aquellas "cooperativas de servicio que tengan por objeto único y exclusivo brindar servicios de intermediación financiera en beneficio de sus socios." En nuestra opinión, este último aspecto es tal vez la diferencia mutualista más marcada que este tipo de forma asociativa representa tanto para quienes decidan invertir en su constitución como asimismo en consideración a sus miembros o socios partícipes.

De otro lado, agrega la ley de Cooperativas que: “Entre otras actividades, ellas pueden recibir depósitos de sus socios y de terceros; contraer préstamos con instituciones financieras nacionales o extranjeras y otorgar préstamos a sus socios, que se encuentren amparados por garantía hipotecaria. Para hacerlo, este tipo de cooperativas deben tener un mínimo de 50 socios, contar con un comité de crédito que revise las operaciones que se realizan y contar con un patrimonio que no podrá ser inferior a 1.000 unidades de fomento.”²⁷⁸

Finalmente, si se adopta la forma de una Cooperativa de Ahorro y Crédito-CGR, si bien es cierto que a primera vista se observan grandes ventajas comparativas con la SA, (tanto en las labores que las cooperativas chilenas realizan en la actualidad en materia de acceso al crédito para las MiPymes, estatutos tipos, normativas y carácter mutualista propios de su giro social, etc.), no se puede dejar de considerar y evaluar por otro lado, las razones del porqué algunas de ellas han sufrido algunos problemas de gestión e ineficiencia en su funcionamiento, derivados precisamente de aspectos propios de su estructura social.

6. Reflexión Final.

Del estudio concordado de la normativa contenida en la LSGR, entendemos que si bien es cierto que la IGR en general, y las SAGR o bien las CGR según sea el caso en

²⁷⁷ Cabe señalar que en la actualidad las Cooperativas de Ahorro y Crédito de mayor envergadura en Chile, tienen también a disposición de sus miembros, la posibilidad de tomar seguros de distinto monto y naturaleza.

²⁷⁸ Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, Decreto con Fuerza de Ley Núm. 5, publicado en el Diario Oficial con fecha 17.02.2004.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

particular, apuntan y se espera fundadamente que sean una respuesta eficaz para la obtención de financiamiento para las MiPymes chilenas, al tomar una mirada transversal de la normativa jurídica chilena considerada en su conjunto, se desprende que su implementación pondrá de manifiesto en un futuro cercano, el estudio y re-evaluación de diversas figuras e instituciones jurídicas de tanto el derecho comercial como asimismo el derecho civil chileno.

En dicho sentido, estimamos que el mayor cambio práctico lo sufrirá la aplicación del Título XXX VI del Libro IV del Código Civil chileno. En este caso, de antemano resultará interesante la novedosa forma con que la ley 20.179 aborda desde el tema del incumplimiento de las obligaciones hasta una verdadera desformalización tradicional a la cual sujeta estas nuevas formas garantías personales, en especial al abordar la naturaleza jurídica y efectos aparejados que tendrán tanto el contrato de garantía recíproca como asimismo al denominado por el legislador certificado de fianza (garantía recíproca). En dicho sentido, imperioso resultará el poder profundizar en el nuevo papel que estarán llamadas a cumplir figuras tan importantes como lo son entre otras; La hipoteca, La Fianza, El aval, La Prenda y hasta incluso los privilegios asociados a esta nueva caución personal.

Al respecto, estimamos necesario traer a colación nuevamente lo expresado en el ya varias veces citado 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”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

A partir de lo expuesto es que estimamos que no menor será el cambio en lo que respecta al otorgamiento y constitución de las garantías tradicionales con que cuentan en la actualidad las Mipymes chilenas, a la hora de garantizar su crédito. En dicho sentido, el sistema se espera se constituya en una forma novedosa pero no por ello menos eficaz para servir de garante a los empresarios.

Ahora bien, la duda se plantea al vislumbrar el sistema continental de corte romanista, sobre el cual se encuentra y sienta sus bases el sistema normativo chileno considerado en su conjunto.

En dicho sentido, la distinción clásica entre por un lado, las denominadas garantías reales con base en las cosas (hipoteca-prenda), y por otro, las denominadas personales con base en las personas (fianza y aval), se encuentran llamadas a sufrir un importante avance y cambio para que el sistema de garantías sea efectivamente y ciento por ciento operable en nuestra realidad empírico-jurídica.

En resumen, y a partir de todo lo expuesto, es que esperamos prontamente el surgimiento de una real necesidad a nivel jurídico de que tanto la doctrina especializada de los autores a corto plazo, como de parte de los propios tribunales de justicia chilenos a la larga, efectúen un re estudio y actualización del sistema de garantías imperante en nuestra realidad jurídica (económica) aplicable a las Mipymes chilenas.²⁷⁹

Como epílogo, no cabe más que recordar el trascendental desafío que se le presentará al FOGAPE en su actual labor de Fondo Reafianzador del sistema. Al respecto creemos fundadamente que si bien dicha labor podrá suplir la eventual falta de liquidez que se origine producto de las garantías y contragarantías sobre las cuales se estructura el

²⁷⁹ Dicho re- estudio y actualización, deberá verse expresado en los respectivos artículos de revistas y fallos que se vayan dictando para resolver las controversias que se deriven producto del incumplimiento de las normas contenidas en la ley 20.179.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

sistema chileno, no se puede dejar de considerar la creación y futuro desarrollo de Sociedades Reafianzadoras adicionales- al modo como existen en la actualidad española.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

CAPÍTULO II

LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA

**PARTE SEGUNDA. NORMAS ORGÁNICAS Y FUNCIONALES DE LA SOCIEDAD
DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA**

*Abstracto*²⁸⁰

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

²⁸⁰ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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 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

1. Introducción. Razones para una división normativa orgánica-funcional. 2. Normas orgánicas internas. 3. Normas orgánicas externas. 4. Normas dinámicas o funcionales 5. Reflexión Final.

1. 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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 recíprocas.²⁸¹

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 chilena.²⁸²

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.

²⁸¹ 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.

²⁸² 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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- 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.²⁸³

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.

²⁸³ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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, lo cual da cuenta en definitiva de una ley incompleta y muy desordenada.²⁸⁴

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.

2. 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

²⁸⁴ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

también los reconocen y amparan,²⁸⁵ sino que asimismo porque resultan indispensables para considerar a la SGR como persona jurídica o ente ficticio capaz de contraer derechos y obligaciones.

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;

2.1 Clasificación de las normas orgánicas internas.

2.1.1 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 la primera parte del presente capítulo,²⁸⁶ y que se establece por la ley 20.179 entre por una

²⁸⁵ V.gr., artículo 32 y siguientes 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.”

²⁸⁶ Vid. supra, páginas 191 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 1º 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;

- a. 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 iberoamericanas²⁸⁷, 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.
- b. De otra parte, cabe precisar que más adelante 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

²⁸⁷ 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 Tuller, 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. Ob.cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

opinión, si podrán ser resueltas y reguladas correctamente por la reemisión genérica que la LSGR efectúa hacia la ley de sociedades anónimas chilenas.

- c. Ahora bien, con respecto a la tan discutida pregunta en otras legislaciones iberoamericanas, en torno 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 especie, o tipo de sociedad anónima, más que a un tipo social distinto o autónomo.
- d. 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.

2.1.2 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

De ahí que, lo primero que cabe precisar es la existencia de un tratamiento múltiple que a nuestro parecer, a 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.

2.2 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.

2.3 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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.”²⁸⁸

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 contener toda escritura pública de constitución de una sociedad anónima, sea ésta abierta o cerrada.²⁸⁹

Ahora bien, cabe señalar que tal como veremos a continuación,²⁹⁰ cuando tratemos 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

²⁸⁸ 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.

²⁸⁹ 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.

²⁹⁰ Vid. infra, Págs 239 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.

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,

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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).

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

2.4 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.²⁹¹
- 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

²⁹¹ Al efecto, cabe recordar todo lo expuesto en la Parte Primera del presente Capítulo II, bajo el nombre de “Algunas consideraciones y recomendaciones para la implementación del sistema de garantías recíprocas chileno.” Vid. supra, Páginas 191 y ss.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.²⁹²

2.5 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.

²⁹² Acerca de la posibilidad de poder modificar los estatutos de la SGR española, recomendamos al lector ver, De la Cuesta Rute, José María; González Vásquez, José., “Modificación de estatutos, aumento de reducción del capital social en la sociedad de garantía recíproca”; “Revista de Derecho Bancario y Bursátil, número 80, octubre - diciembre 200, año XIX, Valladolid, 1999, Editorial Lex Nova, páginas 93 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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;

- a. 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.
- b. 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.²⁹³

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

²⁹³ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 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.²⁹⁴

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

²⁹⁴ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 más adelante 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 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

2.6 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;

- a. Porque de ser efectivamente reglas específicas aplicables a la SGR, quedarían un sin número de materias sin regulación, lo cual sería del todo inapropiado.
- b. Porque más que reglas específicas, son efectivamente menciones estatutarias específicas que han sido reguladas de manera obligatoria por parte de la LSGR
- c. 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 3° 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 esta 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,²⁹⁵ 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

²⁹⁵ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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;

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.

2.7. 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 lo 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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

generen en el ejercicio de su giro y que han de corresponder a sus accionistas o socios beneficiarios²⁹⁶.

- 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;

- a. Si se analiza esta norma, en concordancia con lo dispuesto por la LSGR en su título VI denominado “Medidas para enfrentar situaciones de 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.
- b. 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 giro.²⁹⁷
- c. 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.
- d. 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

²⁹⁶ Por otro lado, cabe agregar que tanto la repartición dividendos, como el destino del FRP en caso de disolución de la SGR, serán tratados en el punto 4.1.4 cuando veamos el régimen de participación social de la SAGR. Vid. infra, Páginas 292 y ss.

²⁹⁷ 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”.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

- e. 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.

3. 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.²⁹⁸

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

²⁹⁸ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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, debamos 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.

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”.²⁹⁹

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

²⁹⁹ 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.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.1 Clasificación de las normas orgánicas externas.

3.1.1. 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;

- a. 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- b. 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.³⁰⁰
- c. 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.

³⁰⁰ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- d. 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 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.

- e. 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 la primera parte del presente capítulo, 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 la CORPORACIÓN DE FOMENTO CHILENA o CORFO, ha estado efectuando a través de la banca chilena.

- f. 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.

- g. Finalmente, cabe señalar que el haberle otorgado el carácter de institución financiera a la Sociedades de Garantía Recíproca, no sorprende ni resulta

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

novedoso. En efecto, otras legislaciones iberoamericanas, también le han reconocido similar característica.³⁰¹

3.1.2. 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.”

³⁰¹ Tratándose del caso español, V gr., las autoras RITA LARGO GIL y ESTHER HERNÁNDEZ SAINZ, en su obra “LAS SOCIEDADES DE REAFIANZAMIENTO”, 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 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.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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;

- 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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.³⁰²

³⁰² 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

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

- j. 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 lo que hemos denominado como el “Régimen legal para la inversión de recursos por parte de la SAGR”.³⁰³

3.1.3. 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.

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. Ob.cit.

³⁰³ Vid. infra, páginas 282 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Para estos efectos, las Instituciones deberán participar en las licitaciones contempladas en el artículo 5° del decreto ley señalado precedentemente.”³⁰⁴

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.

³⁰⁴ 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 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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 1980.³⁰⁵³⁰⁶
- 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.”³⁰⁷

³⁰⁵ 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.

³⁰⁶ 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”.

³⁰⁷ El artículo 4° del decreto ley N° 3.472, de 1980 señala que: “...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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.1.4. 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.

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”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

3.2 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;

- a. 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, en orden a 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 chilenos.³⁰⁸
- b. 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, en principio no dejaría otra alternativa posible, más que sea la Sociedad Anónima Abierta y no la cerrada, la encargada de dicha misión.

³⁰⁸ Cabe recordar los argumentos que en dicho mismo sentido, ya esbozados en la primera parte del presente Capítulo II al analizar “La prioridad otorgada a la SAGR.” Vid. Supra.Pág. 193.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- c. 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 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.
- d. 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”
- e. 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.

3.3 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

3.4 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 la circular número 1, dictada el 16 de octubre del año 2007, y mediante las

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

cuales se establecieron las normas generales para las Sociedades de Garantía Recíproca y para las firmas evaluadoras de garantía recíproca.³⁰⁹

Es más, estimamos que lejos de ser únicas en su especie, dicha circular será la primera de varias instrucciones de carácter general y que la SBIF dictará para la aplicación de la LSGR.

3.5 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

³⁰⁹ Circulares número 1 de la SBIF, de fecha 16 de octubre de 2007. Disponibles en internet en el mes de junio de 2011 en www.sbif.cl. Ob.cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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;

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.

Todos ellos, son a nuestro entender, requisitos de carácter objetivo, en tanto se encuentran claramente definidos por la ley.

De otro lado, estimamos que todos los requisitos deberán ser cumplidos conjuntamente para que así se cumpla efectivamente lo querido por la LSGR.

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.

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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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.

3.6 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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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 SIBF 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

- 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.

3.7 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 más adelante cuando veamos el certificado de fianza.

4. Las denominadas normas dinámicas o funcionales.

Corresponde finalmente abocarnos al estudio del otro gran grupo de normas, y 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.³¹⁰

³¹⁰ A propósito de la forma en que operan las SGR chilenas, Carlos Balladares Toledo afirma que: “La forma de operar de éstas Instituciones, de acuerdo a la perspectiva del supervisor bancario, es otorgando fianzas a favor de sus asociados y/o beneficiarios, las que se encuentran respaldadas por el patrimonio de la Sociedad

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

A mayor abundamiento, estimamos que si con el estudio de las normas orgánicas, dimos respuesta a las interrogantes 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.

de Garantía Recíproca. A su vez, los beneficiarios respaldan sus compromisos con la Sociedad de Garantía Recíproca, mediante la constitución de garantías (contragarantías). Así, en la operación de estos instrumentos se destacan cuatro (4) agentes principales: 1. “Sociedad de Garantía Recíproca”: sociedad emisora de los Certificados de Fianza, cuyo capital es aportado por personas naturales y jurídicas que participan de su propiedad. Se contempla la posibilidad de que administren recursos públicos en forma de patrimonios separados. Las SGR financian su actividad, mediante el cobro de comisiones a los beneficiarios y mediante los ingresos derivados de sus inversiones financieras. 2. Beneficio: persona natural o jurídica cuyas obligaciones son afianzadas por la SGR, pudiendo tener o no la calidad de socios de la SGR. Se contempla que estos agentes aporten contra-garantías a fin de garantizar parcial o totalmente la exposición de las SGR. 3. Acreedor: banco u otro oferente de crédito, que otorga financiamientos comerciales caucionando con fianzas emitidas por la SGR. 4. Reafianzador: Rol que conforme a Ley de SGR puede cumplir el FOGAPE, absorbiendo parte del riesgo cubierto por la SGR. Ello deberá hacerse con apego a los márgenes y procedimientos que al efecto establezca la Superintendencia de Bancos o Instituciones Financieras”. Balladares Toledo, Carlos; “Evolución Sociedades de Garantía Recíproca: Chile, Argentina y España”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en internet en www.bcn.cl.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Finalmente, y por razones puramente pedagógicas, cabe señalar que el estudio de las normas dinámicas o funcionales, se efectuará a partir de una 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.

4.1 Clasificación de las normas dinámicas o funcionales.

4.1.1 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

4.1.1.1 Concepto y características de la Sociedad Anónima de Garantía Recíproca.

El primero de los términos conceptuales, lo encontramos en la letra e) del artículo 2º 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”.³¹¹³¹²

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.³¹³

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,³¹⁴ debemos entender que la

³¹¹ Para Broseto Pont Manuel y Martínez Sanz Fernando, se puede definir a la sociedad de garantía recíproca como: “Aquella sociedad mercantil de capital variable, formado por socios que a su vez son en su mayoría pequeñas y medianas empresas, cuyo objeto social exclusivo consiste en prestar garantías personales por aval o cualquier otro medio admitido en Derecho, salvo el seguro de caución a favor de sus socios partícipes dentro del giro o tráfico de las empresas que sean titulares, así como prestar servicios de asistencia y asesoramiento financiero a sus socios”. Broseto Pont Manuel y Martínez Sanz Fernando, “Manual de Derecho Mercantil” 12 Edición, Vol. I, Madrid, 2005.

³¹² V., Charro Valls José María y Sánchez Bernal María Isabel; “Sociedades de Garantía Recíproca”, situación actual, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1985.

³¹³ A propósito de la posibilidad de establecer en el régimen español un sistema de garantía mutua por medio de una sociedad anónima, el profesor Alberto Bercovitz en su citada obra “La Sociedad de Garantía recíproca como tipo social autónomo”, señala que: “Puestos de manifiesto los inconvenientes de carácter general de las sociedades anónimas para cumplir el objetivo de la garantía mutua, cabría pensar la posibilidad de establecer un sistema de garantía mutua por medio de una sociedad anónima. Esa posibilidad podría llevarse a cabo con arreglo a dos planteamientos diversos que conviene diferenciar, referidos los dos a la gestión por la sociedad de un fondo de garantía mutua, aunque la experiencia de las SGR demuestran precisamente de difícil viabilidad de un sistema de garantía mutua basado en la creación de un fondo que haya de nutrirse exclusivamente con las aportaciones de quienes obtienen las garantías de la sociedad” Bercovitz, Alberto, “La Sociedad de Garantía recíproca como tipo social autónomo”, Estudio de Derecho Bancario y Bursátil, Libro Homenaje a Emilio Verdura y Trelles, Tomo I, Madrid 1994. Página 228.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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”³¹⁵

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.

³¹⁴ 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 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”.

³¹⁵ 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 Menéndez y Mercedes Vérguez en “SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA Y SOCIEDADES LABORALES”, en “Curso de Derecho Mercantil I, segunda edición, Editorial Thomson, Civitas, Aranzadi, 2006. Ob.cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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.³¹⁶
- 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.

³¹⁶ A propósito de lo que denomina como *concepto y naturaleza* de la sociedad de garantía recíproca española, D. Guillermo Jiménez Sánchez, sostiene que: “Las funciones principales desempeñadas por las SGR son: conceder avales que permitan a sus socios (PYME que no supere los doscientos cincuenta trabajadores) acceder a la financiación bancaria, sin precisar por ello que el socio afecte a garantías todos sus recursos propios, a tal fin la SGR prestará garantías personales distintas del seguro de caución a favor de sus socios; y facilitar el acceso de las empresas avaladas a líneas de financiamiento privilegiada con mejores condiciones en sus créditos. Las SGR son sociedades mercantiles de naturaleza mutualista con capital variable (art 7 LSGR) y responsabilidad limitada. La regulación de las SGR mediante la Ley 1/1994, de 11 de marzo pretendió, frente a la regulación anterior, mejorar los niveles de solvencia de forma que pudiesen desempeñar sus funciones básicas en mejores condiciones, y suprimir la remisión genérica a la LSA como derecho subsidiario dado los defectos de adaptación que e producían por su diversa naturaleza.” Jiménez Sánchez, Guillermo J; “Las sociedades mutualistas y las instituciones de inversión y financiación colectiva”; Lecciones de Derecho Mercantil, Madrid, 2006. Páginas 295 –296.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.

4.1.1.2 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 distintos.³¹⁷

³¹⁷ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 (sociedad anónima abierta o cerrada) y la recientemente aprobada sociedad por acciones-SPA.³¹⁸
- 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.

³¹⁸ El tipo social denominado sociedades por acciones, nació en Chile a partir de la dictación de la ley número 20.190, publicada en el D.O, con fecha 5 de junio de 2007, y 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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.

4.1.1.3 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 cuando tratemos la *“Conceptualización del Contrato de Garantía recíproca, del Certificado de fianza y de las denominadas Contragarantías.”*³¹⁹

4.1.2. 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 SAGR.

³¹⁹ Vid. infra, Páginas 305 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

En efecto, el artículo 3° 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 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 posibilidad,³²⁰ ya que a diferencia del

³²⁰ En el mismo sentido, y tratándose del sistema de garantías español, V., Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Mercedes Vérguez en “SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA Y SOCIEDADES LABORALES”,

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 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.

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)”. Ob.cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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;

- a) 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- b) 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.
- c) 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.
- d) De otro lado, cabe recordar que en materia de Certificado de Fianza, de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero artículo 12 ° de la LSGR: “Podrán afianzarse obligaciones futuras, siempre que éstas se encuentren determinadas singularmente en el certificado respectivo.”
- e) 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 ° 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;

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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.”³²¹

³²¹ 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 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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 Reafianzamiento.³²²

4.1.3 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.

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

³²² 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 social 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” y 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). Ob.cit.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

con lo que al efecto dispuso el legislador en materia de Fondos de Garantías, en los tres últimos incisos de su artículo 33.

4.1.3.1 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 SAGR.³²³

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.

³²³ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

4.1.3.2 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.³²⁴

³²⁴ 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.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

4.1.3.3 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 inversión³²⁵ 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. 18.815,³²⁶ 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.”

³²⁵ 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.”

³²⁶ Esta Ley se publicó en el Diario Oficial de la República de Chile, el día 29 de julio de 1989.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

4.1.3.4 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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 a 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”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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 recíproca, en comparación a otros sistemas iberoamericanos de garantía de similar naturaleza.

4.1.3.5 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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

VII de la ley N° 18.815, con excepción del inciso cuarto del artículo 41, y de los artículos 42 y 43,³²⁷ 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.³²⁸

³²⁷ 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.”

³²⁸ Punto 3.1.4. 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. Vid.Supra. Página 256.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 3° ó 42 de esta ley, por cuenta y riesgo de sus aportantes y que no hacen oferta pública de sus valores. Estos fondos se regirán 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.³²⁹

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.

³²⁹ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.”

4.1.4 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, 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 afianzamiento.³³⁰

³³⁰ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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;

- a. Medidas legales de resguardo solvente de la SAGR
- b. Régimen de participación social
- c. Otros derechos sociales en la SAGR.

4.1.4.1 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 SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 ser 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

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

pagado a la hora de aplicar la ya analizadas medidas legales de resguardo solvente, derivadas del inciso segundo del artículo 7º.³³¹

4.1.4.2 Régimen de participación social.³³²

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.³³³

³³¹ 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.

³³² V., Gómez Mendoza, María; “Algunas cuestiones en materia de participaciones de las sociedades de garantía recíproca”; Libro Homenaje a Sánchez Calero, Tomo IV, Madrid 2002.

³³³ A vía ilustrativa, estimamos necesario traer a colación la triple clasificación que D. Enrique Gómez Jiménez, en su obra “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, efectúa respecto a los derechos de los socios en la SGR española, distinguiendo entre derechos económicos, derechos políticos y

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.³³⁴

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.

derechos adicionales de los socios partícipes, y al sostener al efecto que: “Los derechos de los socios se pueden agrupar en tres apartados: esenciales, que a su vez se subdividen en económicos y políticos; adicionales de los socios partícipes y derechos complementarios. a) Derechos Económicos: participar en el reparto de las garantías sociales, en el patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad y solicitar el reembolso de la cuota socia. El derecho a separación del socio y a solicitar el reembolso de la cuota social, quedan limitados del siguiente modo: Las cuotas de las que se solicite el reembolso no han de estar afectas a una garantía otorgada por la sociedad. Se ha de pedir como mínimo tres meses antes del cierre del ejercicio social. El importe del reembolso no podrá exceder del valor real de las cuotas aportadas o de su valor nominal, en base a lo que determinen los estatutos. b) Derechos Políticos: el derecho político fundamental es el de votar en las Juntas Generales. c) Derechos Adicionales de los Socios Partícipes: se reconocen los siguientes: pedir la garantía de la sociedad y exigir la devolución de las aportaciones al Fondo de Garantías”. El derecho a la petición de las garantías constituye algo inherente al socio partícipe. Citando a Cesto Pedreiro, “el móvil de cualquier socio partícipe es obtener el aval de la sociedad, puesto que, la obtención de lucro no será nunca el objetivo del socio debido a la limitación existente en el reparto de beneficios. Siendo esto así, el pedir las garantías se convierte en el derecho fundamental del socio mutualista”. El derecho a exigir el reembolso de las aportaciones al Fondo de Garantía deriva más de la condición de avalado que la de propietario que la de socio, al tratarse estos fondos de un sistema de contragarantía.”. Gómez Jiménez, Enrique M, “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, Universidad de Granada, Biblioteca de Ciencias Económicas y Empresariales, 1994.

³³⁴ 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.*”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

4.1.4.3 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:

- a. 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.³³⁵
- b. 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 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.
- c. 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

³³⁵ 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.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.”

4.1.4.4 Obligaciones y derechos de los accionistas.³³⁶

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 9º de la LSGR, nos señala la regla general aplicable en materia del derecho a la obtención de dividendos por parte de un accionista

³³⁶ Al respecto, cabe recordar que tratándose de la SGR española, Broseto Pont, Manuel y Martínez Sanz, Fernando; reconocen que: “A cada socio le corresponden como mínimo, los siguientes derechos esenciales: 1) el de participar, en su caso, en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación; 2) el de votar en la Juntas Generales e impugnar los acuerdos sociales; 3) el de solicitar el reembolso de la participación social cuando opte por abandonar la SGR; y 4) el derecho de información conforme a lo previsto En la Ley de Sociedades Anónimas. Los socios partícipes tiene además el derecho de pedir para sus operaciones las garantías y el asesoramiento de la sociedad dentro de los límites que se establezcan en los estatutos (art. 22)”. Broseto Pont Manuel y Martínez Sanz Fernando, “Manual de Derecho Mercantil” 12 Edición, Vol. I, Madrid, 2005. Ob.cit.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 8º, 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 afianzamiento.³³⁷

³³⁷ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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.

4.1.4.5 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.”

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 SAGR.³³⁸

³³⁸ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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 materia³³⁹, 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.³⁴⁰

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;

- a. Derecho a votar en las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias de accionistas, así como impugnar los acuerdos sociales.
- b. Derecho a solicitar el reembolso de la participación social.
- c. Derecho a recibir información conforme a lo previsto para las Sociedades Anónimas en su ley respectiva.
- d. Derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación.

³³⁹ 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.

³⁴⁰ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- e. 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.

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

Al iniciar la investigación del presente capítulo, 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.³⁴¹

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.

³⁴¹ 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”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

5.1 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.

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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

regula detalladamente en su aspecto procesal, al señalar cuál es el procedimiento a seguir afín de que resulten efectivamente operativos.³⁴²

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.

A todo lo anterior, cabe añadir el desafío ya esbozado en el propio mensaje presidencial,³⁴³ 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.³⁴⁴

³⁴² 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

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

Anteriormente 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”.

Finalmente, la letra d) del artículo 2º, es la encargada de señalarnos que las contragarantías son “las cauciones entregadas por los beneficiarios a la Institución como

³⁴³ 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

³⁴⁴ En especial, a partir de la regulación y consagración en el artículo 13 de la LSGR, del denominado certificado de fianza inmaterial.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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 beneficiarios.^{345 346}

- 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.

³⁴⁵ Por otro lado, si bien es cierto que el artículo 2º no contempla una definición conceptual para la denominada carta de garantía- regulada en el artículo 35 º 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.

³⁴⁶ D. Carlos Balladares Toledo, afirma que la misión de la SGR chilena: “No es prestar dinero, sino, previa evaluación, avalar a la empresa y realizar una labor de intermediación. Estas entidades, emitirán un certificado de fianza que garantizará los créditos que la PYME solicite al sistema financiero tradicional. Es decir, las garantías que las empresas mantienen, en respaldo de sus obligaciones con un banco, podrán ser constituidas a favor de estas sociedades. Las empresas o personas beneficiarias que soliciten una garantía a las sociedades, deberán suscribir con las mismas un contrato de garantía recíproca, el cual deberá establecer lo siguiente: los bienes, garantías y derechos que el beneficiario entregue para garantizar a la entidad las fianzas que ésta, a su vez, le proporcione por sus respectivas obligaciones; el monto máximo de las obligaciones que la entidad podrá garantizar al beneficiario; el plazo de duración del contrato, que podrá ser indefinido; los derechos y obligaciones de las partes, entre otros”. En este ciclo de operación, cabe destacar que los organismos y servicios públicos debidamente facultados, están autorizados para disponer de recursos para fomento y financiamiento de las micro, pequeñas y medianas empresas, con el objeto de proveer de recursos a las Sociedades de Garantía Recíproca, cuyos fondos se constituyen como patrimonios independientes de las Sociedades de Garantía Recíproca, y que son utilizados por estas Instituciones para inversiones en actividades propias de su giro. Por lo anterior la gestión relevante de las SGR está relacionada con su política de inversiones financieras, su gestión de las contra-garantías, su gestión integral de riesgos y su política de comisiones.”. Balladares Toledo, Carlos; “Evolución Sociedades de Garantía Recíproca: Chile, Argentina y España”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en internet en www.bcn.cl.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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

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;

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

7.1.1 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.

7.1.1.1 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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 contrato de carácter accesorio,³⁴⁷ 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 contratantes.³⁴⁸

³⁴⁷ Al respecto, Ver, ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M. “CURSO DE DERECHO CIVIL”, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, Tomo IV, Volumen II, páginas 689-720.

³⁴⁸ 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”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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 beneficiarios, dicha circunstancia sería compartida por el contrato de garantía recíproca

7.1.1.2 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;

- a) 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.³⁴⁹
- b) 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.
- c) 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.

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.

³⁴⁹ Excepcionalmente, la fianza es solemne, entre cuyos casos se contempla la fianza mercantil, la cual debe otorgarse por escrito.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

- d) Es un contrato accesorio.³⁵⁰ 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.³⁵¹

- e) 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.

- f) Es un contrato puro y simple y no sujeto a condición.³⁵²

7.1.1.3 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.

³⁵⁰ V., ALESSANDRI RODRIGUEZ, A y SOMARRIVA UNDURRAGA, M, Ob.cit

³⁵¹ 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.

³⁵² 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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;

- a) Consentimiento de las partes.
- b) Capacidad del fiador
- c) Objeto de la fianza.
- d) Causa de la fianza.
- e) Existencia de una obligación principal.

7.1.1.3.1 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.³⁵³

Finalmente, cabe recodar que para nada interviene la voluntad del deudor principal, al perfeccionarse el contrato de fianza civil. En efecto, según lo dispuesto en el artículo

³⁵³ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

7.1.1.3.2 Capacidad del fiador.

En lo que 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.³⁵⁴

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.³⁵⁵

7.1.1.3.3 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 chileno, 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

³⁵⁴ 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.

³⁵⁵ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

o cuerpo cierto, u otras cosas fungibles que no sean dinero, nos encontraríamos frente ante un contrato innominado, pero no ante una fianza civil.³⁵⁶

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 exclusivo³⁵⁷ 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 3° 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.”³⁵⁸

La segunda regla en cambio, se refiere a la posibilidad que de conformidad al inciso cuarto de la letra d) del artículo 3° 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”.

³⁵⁶ Ver, 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 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.

³⁵⁷ 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.”

³⁵⁸ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

7.1.1.3.4 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 distingue entre fianza gratuita, y aquella fianza otorgada mediando un pago o retribución, o también denominada como fianza remunerada.³⁵⁹

³⁵⁹ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

7.1.1.3.5 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.

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.³⁶⁰

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.³⁶¹

³⁶⁰ En éste último caso, la modalidad se deberá comunicar a la fianza, por aplicación del principio de la accesoriedad.

³⁶¹ Tratándose 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.”

7.1.1.4 Características contractuales del contrato de garantía recíproca.

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

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.³⁶²

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,

³⁶² 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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”.

- 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

7.1.2 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.

7.1.2.1 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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.³⁶³

- e) De otro lado, y con respecto a la oportunidad exigida para la suscripción del contrato de garantía recíproca, entendemos que ello está claramente exigido para un momento previo o anterior al afianzamiento de sus beneficiarios.³⁶⁴

- 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.³⁶⁵ 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.

³⁶³ 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.

³⁶⁴ 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.

³⁶⁵ 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.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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

- a) El monto de las obligaciones afianzadas
- b) Las contragarantías
- c) Derechos y obligaciones de las partes
- d) El plazo de duración del contrato de garantía recíproca
- e) Otras menciones que las partes acuerden

7.1.2.1.1 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.³⁶⁶

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.

³⁶⁶ Al respecto, creemos que dicha determinación no será estándar, sino que por el contrario, dependerá de las circunstancias de cada caso.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 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.³⁶⁷

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, 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.

³⁶⁷ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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.”

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.

Cabe recordar que anteriormente 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 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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 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, estimamos 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.

7.1.2.1.2 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;

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

7.1.2.1.2.1 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 estar constituidas tanto por garantías de 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;

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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 acreedores.³⁶⁸

- b. A contrario 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.³⁶⁹

³⁶⁸ 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.

³⁶⁹ 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 recibidos 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 encontraban 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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 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.

7.1.2.1.2.2 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,³⁷⁰ se funda en último término- en la contraprestación que los respectivos

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 junio de 2011 en www.sbif.cl. Ob, cit.

³⁷⁰ De ahí que la expresión de recíproco atribuido al sistema de garantías chileno, no estaría dando 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

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.³⁷¹

7.1.2.1.2.3 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.”³⁷²

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. Ob.cit.

³⁷¹ 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 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.”

³⁷² 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

7.1.2.1.3 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.³⁷³

7.1.2.1.4 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.

³⁷³ 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 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).

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.³⁷⁴

7.1.2.1.5 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.”

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 parte, la puerta de entrada al principio de autonomía de la voluntad, a objeto de que se regulen contractualmente todos aquéllos 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 adelante³⁷⁵ – si admitirían, en nuestra opinión, ser incorporadas en el contrato de garantía recíproca vía “demás menciones que las partes acuerden.”³⁷⁶

³⁷⁴ 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 4° Número 4° 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.

³⁷⁵ Vid. infra, Pág. 368.

³⁷⁶ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

7.1.3 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.

7.1.3.1 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 registrará por lo dispuesto en el Título XXXVI, del Libro Cuarto del Código Civil.”

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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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,³⁷⁷ 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.

7.1.3.2 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.

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.³⁷⁸

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;

³⁷⁷ Denominado por nosotros como “Aspectos procesales del contrato de garantía recíproca.”

³⁷⁸ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

7.1.3.3 Clases de fianzas y su relación con el contrato de garantía recíproca.³⁷⁹

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 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.³⁸⁰

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.

³⁷⁹ Para una mayor comprensión de esta materia, recomendamos al lector ver, De la Fuente Cabrero, Concepción; “Sociedades de garantía recíproca: entidades financieras en el sistema financiero Español”, Villaviciosa de Odón, Madrid, 2002. Ob.cit.

³⁸⁰ 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”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

7.1.3.3.1 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.

7.1.3.3.2 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.³⁸¹

³⁸¹ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

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

7.1.3.3.3 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.³⁸²

³⁸² 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

7.1.3.4 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 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.³⁸³

³⁸³ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.³⁸⁴

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

7.1.3.5 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.

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,

³⁸⁴ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

tres letras con causales, a saber, las tres primeras específicas, y la cuarta genérica o supletoria.³⁸⁵

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

7.1.3.6.1 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.

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

³⁸⁵ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

7.1.3.6.2 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.

7.1.3.7 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.”

Al respecto, 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

En el segundo caso en cambio, la fianza se extinguirá como consecuencia de haberse extinguido la obligación principal.³⁸⁶

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.

7.1.3.7.1 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 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.

³⁸⁶ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

7.1.3.7.2 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.

7.1.3.7.3 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.³⁸⁷

7.1.3.7.4 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.

³⁸⁷ 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 SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.³⁸⁸

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.

7.1.4 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.

³⁸⁸ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Al respecto, cabe recordar que tratándose del contrato de fianza civil, sus efectos admiten ser analizados a partir de 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.³⁸⁹

7.2 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

³⁸⁹ 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 al acreedor por parte de la SAGR, 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.

7.2.1 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 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;³⁹⁰

³⁹⁰ Sea que se trate de la fianza civil o mercantil, legal, judicial o convencional, gratuita o remunerada.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

El primero de los derechos concedidos al fiador, consiste en obtener de parte del deudor principal el relevo de la fianza³⁹¹, 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.

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.

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 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

³⁹¹ Según el Diccionario de la RAE, relevar significa, entre otras cosas, “exonerar de un peso o gravamen”.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

encontremos frente a alguno de los supuestos señalados en el artículo 2369 del código civil³⁹², 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.

7.2.2 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.³⁹³

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.

De hecho, 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

³⁹² 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.

³⁹³ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 segundos, 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 SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

7.2.3 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 SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

7.2.4 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,

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.³⁹⁴

Lo anterior, si embargo, no obsta para reconocer que en el pago que efectúa la SAGR al tercero acreedor, si 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.³⁹⁵

7.2.5 La Acción subrogatoria.

Para el contrato de fianza civil, se entiende por acción subrogatoria,³⁹⁶ 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

³⁹⁴ 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.

³⁹⁵ 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.

³⁹⁶ Dicha acción se encuentra contemplada en el artículo 1610 Número 3 del código civil chileno, y regula los casos de pago con subrogación legal.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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, 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.

7.2.5.1 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.

Sobre este punto, 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 demandarse por parte del fiador el pago de los gastos, ni de los intereses, ni tampoco los eventuales perjuicios que hubieren ocurrido, ya que dichos conceptos de conformidad a la legislación civil, deben necesariamente reclamarse a través de la interposición de la acción de reembolso.³⁹⁷

³⁹⁷ A partir de lo anterior, es que pueda sostenerse que la acción subrogatoria es una acción más restringida que la acción de reembolso.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

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.

7.2.5.2. 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 y/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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

7.2.5.3 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.

7.2.6 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.”

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

8. El certificado de fianza material e inmaterial.

8.1. 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 LSGR, su artículo segundo 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.³⁹⁸

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 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 entregue una determinación singularizada de cuál o cuáles son en concreto las obligaciones afianzadas, y a cuánto asciende su monto determinado o bien determinable.³⁹⁹

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.”

³⁹⁸ 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.

³⁹⁹ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

Finalmente, cabe hacer mención a dos referencias efectuadas por el inciso 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.”

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.⁴⁰⁰

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

⁴⁰⁰ Ello a partir de su ubicación en la LSGR y de la frase inicial “no obstante lo señalado en este artículo.”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

8.1.1 La inmaterialidad del certificado de fianza.

Cuando iniciamos nuestra investigación, dijimos que el mensaje presidencial,⁴⁰¹ 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”.

⁴⁰¹ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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° 18.876,⁴⁰² o en una institución financiera autorizada para ejecutar este tipo de comisiones”.

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

⁴⁰² Ley Núm. 18.876, que “Establece el marco legal para 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 junio de 2011 en www.bcn.cl

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

valores autorizado por la ley N° 18.876,⁴⁰³ o bien en una institución financiera que se encuentre autorizada para ejecutar este tipo de comisiones.⁴⁰⁴

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”.

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.”

⁴⁰³ 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”.

⁴⁰⁴ 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 .

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.”

8.1.2 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 reitere 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

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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”.

8.1.3 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° 18.092 de 1982,⁴⁰⁵ que se condigan con la naturaleza de este Título.”

⁴⁰⁵ 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 la letra de cambio al señalar al efecto que: “El portador de una letra extraviada podrá solicitar que se declare el extravío de ésta y 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

8.1.4 La securitización del certificado de fianza.

Una de las formas de definir a la securitización consiste en entenderla como el diseño de instrumentos financieros- sean 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”.⁴⁰⁶

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.”

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

⁴⁰⁶ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

8.1.5 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”.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ 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: 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

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

8.2 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 a lo largo del presente capítulo analizamos con detención cuáles eran los aspectos de fondo del contrato de garantía, como asimismo cuáles eran 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.

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”.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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.⁴⁰⁸

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 precisamente en contra del fiador, es decir la SGR afianzadora.

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.

⁴⁰⁸ 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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 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.⁴⁰⁹

8.2.1 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 en concreto, 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;

⁴⁰⁹ V., TÍTULO VI de la LSGR chilena denominado “Medidas para enfrentar situaciones de inestabilidad financiera e insolvencia”, artículos 23 a 26.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- a) 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.
- b) 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.
- c) A partir de dicho instante, pueden darse dos supuestos.

El primero de ellos, consiste en que la SGR se oponga a la ejecución, dentro del plazo de cinco días. 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 ejecutado⁴¹⁰, 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.⁴¹¹

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.⁴¹²

⁴¹⁰ En este caso, agrega la LSGR, no podrá discutirse la existencia de la obligación.

⁴¹¹ 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.

⁴¹² 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 sigue 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- d) Una vez llegado el día de dicho remate, el tercero acreedor se pagará de su crédito sobre el precio del remate.

- e) 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 juez.⁴¹³

9. La carta de garantía.

9.1 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 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.

⁴¹³ 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.

9.1.1 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 analizadas, 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.⁴¹⁴

⁴¹⁴ 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, etcétera.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

9.2 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”.

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.⁴¹⁵

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.”⁴¹⁶

⁴¹⁵ Con ocasión de lo que denomina como *fusión y escisión* de la sociedad de garantía recíproca española, D. Guillermo Jiménez Sánchez, afirma que: “En cuanto a la fusión y escisión se habrá de estar a lo previsto por el artículo 55 LSGR que señala que sólo podrán fusionarse entre sí y sólo podrán escindirse en dos o más sociedades de esa misma naturaleza. Tanto la fusión como la escisión requerirán la previa autorización del Ministerio de Economía, con los requisitos exigidos para la creación, según establece el artículo 12.2”. Jiménez Sánchez, Guillermo J; “Las sociedades mutualistas y las instituciones de inversión y financiación colectiva”; Lecciones de Derecho Mercantil, Madrid, 2006. Páginas 295 y 296. Ob.cit.

⁴¹⁶ Cabe recordar que de conformidad a la ley de sociedades anónimas chilenas- todo lo referente a su disolución, liquidación, división 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”.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.”

En tercer lugar, se agrega una característica especial en materia de fusión, ya que de conformidad al inciso segundo del artículo 28: “Las Instituciones de Garantía Recíproca sólo podrán fusionarse entre sí”.⁴¹⁷

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.”⁴¹⁸

⁴¹⁷ 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.”

⁴¹⁸ 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

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

11. Reflexión Final.

Cuando iniciamos nuestra investigación, 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.

su falta de participación o su oposición al o los hechos que han servido de fundamento a la resolución judicial o administrativa.”

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

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.⁴¹⁹

⁴¹⁹ En suma, esperamos que la implementación del sistema de garantías recíproco chileno 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

CAPÍTULO III

“CONCLUSIONES”

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.

A mayor abundamiento, y tal como hace más de 30 años ya planteaba el profesor español Alberto Bercovitz,⁴²⁰ 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 iberoamericana y chilena en particular,⁴²¹ trae aparejado extraordinarios beneficios

⁴²⁰ Como señala el Profesor Reyes Palá Laguna; “La financiación de la Pyme ha sido y continúa siendo una de las principales preocupaciones económicas – sino la fundamental - de cualquier gobierno en los países desarrollados. Sean utilizado gran variedad de formulas y políticas de fomento que han encontrado la correspondiente apoyatura jurídica con más o menos éxito en cada periodo. Ciertamente es que estamos ante un tema que alcanza su mayor actualidad en las épocas de bonanza económica y que, parece, ha recobrado interés en la década de los 90 ya del siglo pasado. Forzoso es reconocer en España se trata de una cuestión de permanente actualidad. En efecto, la definición que se maneja en la Unión Europea para elaborar políticas de fomento de la Pyme es de tal amplitud en sus variables económicas, que en España, las empresas entran mayoritariamente en el concepto de Pyme.” Palá Laguna, Reyes; “Fórmulas renovadas de financiación de la Pyme: algunos aspectos del régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca”, Derecho de Sociedades; Libro Homenaje Sánchez Calero, Tomo IV. Páginas 4240 y ss. Ob.cit

⁴²¹ Según Carlos Balladares Toledo; “Las Sociedades de Garantía Recíproca (SGR) son instituciones que facilitan a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) el acceso al crédito y surgen como una forma de apoyar la migración de créditos entre las Instituciones financieras. En este sentido, estas Instituciones eliminan las barreras a la movilidad de pequeños deudores entre instituciones financieras, con el objeto de que estos puedan migrar con sus garantías, aprovechando las mejores condiciones de crédito en el mercado financiero y evitando los costos de cambio de una institución a otra.” Balladares Toledo, Carlos; “Evolución Sociedades de Garantía Recíproca: Chile, Argentina y España”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en internet en www.bcn.cl.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

para no sólo dichas unidades económicas, sino que consecuentemente para toda su economía nacional.⁴²²

En efecto, la obtención de más y mejores créditos para la Mipyme, 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 iberoamericanos, y demás economías en vías de desarrollo y desarrollados.

A mayor abundamiento, no se puede dejar de reconocer que frente a períodos de crisis financieras, tal como el que ha estado 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, recordemos que en el mismo período de implementación del sistema de garantías recíprocas chileno, ya se anunciaba por parte del gobierno de turno, a fines del año 2008- un paquete de acciones y medidas para mejorar el acceso y condiciones de crédito para la micro, pequeña y mediana empresa, que significarían 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.⁴²³

En lo que respecta a la investigación misma, es posible concluir en primer lugar, que la realidad chilena es sólo una aproximación de carácter parcial de lo que podría denominarse a futuro como una sociedad de garantía recíproca iberoamericana.

⁴²² Acerca de la posibilidad de poder modificar los estatutos de la SGR española, recomendamos al lector ver, De la Cuesta Rute, José María; González Vásquez, José., “Modificación de estatutos, aumento de reducción del capital social en la sociedad de garantía recíproca”; “Revista de Derecho Bancario y Bursátil, número 80, octubre - diciembre 200, año XIX, Valladolid, 1999, Editorial Lex Nova, páginas 93 y ss.

⁴²³ Ahora bien, y sin entrar a los efectos prácticos de dichas medidas, creemos que ellas todavía ponen de relieve el problema de fondo planteado a lo largo del segundo capítulo 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.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

Lo anterior, en tanto la ley 20.179 no contiene ni comparte todos y cada uno de los elementos más característicos de una sociedad de garantía recíproca.

Al respecto, creemos necesario volver a recalcar no sólo la falta de una base mutualista en la legislación chilena, sino que asimismo una clara diferenciación entre quienes pueden ser o no considerados como legítimos beneficiarios del sistema.⁴²⁴

A propósito, resulta interesante recordar que tratándose precisamente del caso chileno, la falta de dicha clara diferenciación, y por sobre todo la pérdida de verdaderos beneficios para el acceso al crédito de las Mipymes chilenas, se estaría constituyendo en la verdadera razón del por que el actual gobierno de turno del Presidente Sebastián Piñera, se encontraría reorientado la labor que hasta el momento ha cumplido la CORFO.

⁴²⁴ Al respecto, cabe recordar lo que Enrique Gómez Jiménez denomina como *clases de socios* en la SGR española, cuando en su citada obra “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía” afirma que: “La base societaria se estructura en dos clases o tipos de socios: partícipes y protectores. Se definen los primeros como aquellos empresarios a cuyo favor puede prestar garantía la sociedad. Los segundos, por el contrario, no podrán solicitar los avales para sus operaciones. Cabe preguntarse entonces, cuál es la razón que ha movido a admitir socios no mutualistas en una sociedad de carácter mutualista, y que mueve a los socios protectores a participar en un tipo de sociedad en la que se les suprime un derecho tan importante. La primera cuestión es bastante obvia. Del socio protector se espera que aporte los medios de financiación necesarios para la sociedad. Con su participación, no solamente aumenta los recursos en la cantidad que ellos aportan, sino que por añadido le transmiten mayor reputación, tema sin duda muy importante al gestionar con las entidades financieras los créditos avalados a los partícipes. En cuanto a la participación de los socios protectores en las SGR, la motivación hay que buscarla en el presumible interés de estos socios en apoyar y potenciar a la pequeña y mediana empresa. En virtud de la importancia que consideramos a tenido, tiene y ha de tener la figura del socio protector sin ánimo de lucro analizamos su significado. Una SGR solo podrá tener viabilidad exclusivamente con socios partícipes si se dan los presupuestos necesarios para la actividad aseguradora de las mutualidades. Esencialmente, que no todos los socios necesiten las prestaciones sociales y que nos la necesiten al mismo tiempo. En caso contrario, no podría funcionar. Si todos los socios necesitan a la vez la garantía sería preciso para poder concederla que cada uno aportara a la sociedad la cantidad necesaria para garantizar su propio crédito, mas la parte proporcional de los gastos sociales. Si esto fuese posible no sería necesario constituir la sociedad, dado que cada uno podría garantizar individualmente su propio crédito. Por ello, al tener en la práctica la mayor parte de los partícipes riesgo vigente con la sociedad, esta no puede funcionar solo con este tipo de socios. El refrendo de esta idea lo tenemos en lo limitado de la experiencia francesa hasta la Segunda Guerra Mundial. La exposición de motivos R.D pone de relieve el éxito alcanzado por las SCM Francesas, pero no hay que olvidar un dato importantísimo. Cuando partiendo de la Ley de 1917 se analiza el proceso de formación y desarrollo en el país vecina resalta, que su éxito comienza, cuando empieza a recibir el apoyo institucional mediante la participación de La Cámara Sindical de Mercados del Estado, Los Bancos Populares, Caja de Garantía del Crédito Mutuo, etc.”. Gómez Jiménez, Enrique M, “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, Universidad de Granada, Biblioteca de Ciencias Económicas y Empresariales, 1994.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

En virtud de lo anterior, es que estimamos como de trascendental importancia que tanto la legislación chilena como asimismo el resto de las legislaciones iberoamericanas, no escatimen esfuerzos para fijar medidas o en su caso reformar todo lo que sea necesario para evitar que tras el sistema de garantía recíproca se envuelva un negocio⁴²⁵ que por supuesto, no tendrá como norte, el verdadero foco de atención de cualquier sistema de garantías recíprocas, a saber; el de servir de herramienta de impulso, apoyo y desarrollo de la Mipyme.⁴²⁶

En dicho sentido, estimamos que grande será el desafío que a futuro se le seguirá planteando a la LSGR chilena, como asimismo a sus autores y tribunales, en orden a poder ser capaces de mitigar y adaptar a su realidad, lo que a la postre, son sus dos principales novedades en comparación a sus pares iberoamericanos, a saber, el régimen de inversión

⁴²⁵ Con esto, no dejamos de reconocer la validez que significa aplicar cobros por los servicios de intermediación y/o asesoría que las respectivas SGR presten por su parte a las distintas Mipymes iberoamericanas, pero siempre dentro de un límite de razonabilidad y un marco de beneficio para la empresa en cuestión que resulte asistida.

⁴²⁶ Respecto a esta legítima aprehensión, estimamos necesario recordar nuevamente la opinión del profesor Alberto Bercovitz, quien nos recuerda que: “La consecuencia evidente de sustituir las sociedades de garantía recíproca por sociedades anónimas sería que éstas podrían ser dominadas por algunos de los accionistas y, muy probablemente, pasar a formar parte de grupos de sociedades, posiblemente dominados por entidades de crédito. Esa posibilidad, más que probable, tendría efectos incompatibles con el cumplimiento de la función de las sociedades de garantía recíproca, tal como estas sociedades lo desarrollan en la actualidad. Esas sociedades anónimas no estarían ya exclusivamente al servicio de los socios partícipes, que son pequeñas y medianas empresas, sino que servirían a los intereses del socio mayoritarios. Naturalmente, las pequeñas y medianas empresas no tendrían interés en participar en posición absolutamente minoritaria en unas sociedades dominadas por otras entidades. La independencia que caracteriza en estos momentos a las SGR frente a las entidades de crédito desaparecería muy probablemente en la medida en que las sociedades anónimas que cumplieran la misma función dependieran de entidades de crédito o de los grupos constitutivos por éstas. Al perder su independencia, es evidente que ya no podrían cumplir esas sociedades la labor de asesoramiento independiente, que pueden hacer ahora y hacen con frecuencia frente a las pequeñas y medianas empresas, para asesorarlas sobre los cauces más adecuados para obtener los créditos que necesitan. Y, por supuesto, sería difícil concebir que esas sociedades anónimas, que pueden ser dominadas por uno a varios accionistas, fueran a recibir el mismo apoyo público que están recibiendo ahora las SGR. En definitiva, por lo tanto, el carácter esencialmente capitalista de la sociedad anónima sería incompatible con la posibilidad de que una sociedad de ese tipo desempeñara la misma función que las SGR cumplen en la actualidad en relación con las pequeñas y medianas empresas.” Bercovitz, Alberto, “La Sociedad de Garantía recíproca como tipo social autónomo”, Estudio de Derecho Bancario y Bursátil, Libro Homenaje a Emilio Verdura y Trelles, Tomo I, Madrid 1994. Páginas 227 y 228. Ob.cit.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

con que cuenta la SGR chilena fuertemente ligado a la bolsa de valores, y por otro, su inusitada desmutualización.⁴²⁷⁴²⁸

En lo que se refiere a los resultados esperados con la investigación, esperamos que a lo largo del primer capítulo, hayamos sentado los primeros pasos teóricos de lo que a futuro pueda ser considerado como una regulación común para iberoamerica en materia de sociedades de garantía recíproca.

Por otra parte, anhelamos haber entregado al lector una visión global de los organismos y entes, tanto públicos como privados chilenos, llamados a jugar un rol fundamental en el acceso al crédito. En dicho sentido, y a partir de la división entre normas orgánicas y funcionales, esperamos no sólo haber sentado una base doctrinal con respecto a la ley 20.179, sino que asimismo una división panorámica y didáctica de las dos

⁴²⁷ A propósito del carácter mutualista de las Sociedades de Garantía Mutua Francesas, en tanto fundamento e inspiración de las SGR españolas, el Profesor Bercovitz en su citada obra las “*Sociedades Garantía Mutua*”, sostiene que: “El carácter mutualista de estas sociedades no impide, sin embargo, que puedan ser socios quienes no están personalmente interesados en obtener la garantía de la sociedad para sus propias operaciones. Así resulta que en el propio artículo primero de la Ley francesa se permite que junto a los miembros que participan en las ventajas de la sociedad existan miembros no participantes en esas ventajas. Ello significa, por consiguiente, que pueden ser socios no sólo los empresarios que han dejado de ejercer su comercio o su industria y que desean continuar en la sociedad por razones de solidaridad profesional, sino que también pueden integrarse en estas sociedades y menudo forman parte de ellas sindicatos y asociaciones profesionales interesadas en apoyar la actividad de sus miembros. Esta naturaleza mutualista se ve completada por su carácter marcadamente personalista de la sociedad. Si la sociedad tiene por objeto garantizar las operaciones de sus miembros, todos ellos están interesados en que formen parte de la sociedad solamente personas en las que se tenga la suficiente confianza como para pensar que cumplirán las obligaciones por las que la sociedad ha salido garante. El dato fundamental que caracteriza a la SGM es el objeto que persiguen con carácter exclusivo y que consiste –ya se ha visto– en prestar las garantías necesarias para que los empresarios – socios obtengan los créditos que necesiten. Así, pues, la SGM tiene una naturaleza evidentemente mutualista o cooperativa, como se refleja en su propia denominación: Sociedades de Garantía Mutua. Y de esa naturaleza derivan algunas características fundamentales para la sociedad: sólo puede realizar las operaciones que constituyen su objeto – otorgamiento de garantía – a favor de los socios; la sociedad pueden admitir continuamente nuevos socios y permitir la separación de los que lo eran, lo cual implica la variabilidad de capital, y, además, la sociedad carece de finalidad especulativa, puesto que los empresarios-socios no persiguen la obtención de un lucro en el sentido de reparto de beneficios, sino que pretenden que la sociedad les facilite las garantías necesarias para obtener créditos y que tales garantías les resulten al menor costo posible”. Bercovitz, Alberto; “Sociedades de Garantía Mutua”; Revista de Derecho Mercantil, Madrid, Julio – Septiembre, 1975. Ob.cit.

⁴²⁸ En el mismo sentido, se recomienda al lector ver., Bercovitz Alberto; “Antecedentes de la regulación legal sobre sociedades de garantía recíproca”; Estudios de Derecho Mercantil, en homenaje al profesor Antonio Polo, Editorial Revista Derecho Privado; Editorial de Derecho Reunido; Madrid, 1981. Páginas 59 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

fundamentales caretas contenidas en la LSGR chilena. Del mismo modo, esperamos que al haber centrado la funcionalidad del sistema de garantías recíproco chileno en el estudio del contrato de garantía recíproca y el mérito ejecutivo de su certificado respectivo, se hayan dado los primeros pasos en lo que estimamos se convertirá en tema recurrente para una nutrida fuente jurisprudencial y revista de los autores.

Finalmente, quisiéramos reconocer que independientemente de lo que señalen las distintas legislaciones locales, existen dos importantes participaciones que entendemos marcarán, a futuro, el verdadero destino de las sociedades de garantía recíproca iberoamericanas.

La primera participación, se refiere al aporte que distintos organismos de carácter internacional puedan presentar tanto en materia de estudios técnicos sobre sociedades de garantía recíproca, como asimismo la existencia de instancias aglutinadoras que permitan compartir experiencias en materia de SGR, entre las distintas realidades.

A propósito, resultaría injusto no dejar de reconocer la gran labor que en otros, actualmente desarrollan instituciones tales como la Red Iberoamericana de Garantías-REGAR o la Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo-ALIDE.

Una segunda y final participación, se refiere al rol que en cada realidad local le corresponda cumplir al Estado.

A propósito, resulta interesante traer a colación parte de lo que Pombo, Molina y Ramírez, concluyen en su citada obra “El marco de los sistemas/ esquemas de garantía en Latinoamérica e Iberoamérica: principales conceptos y características”,⁴²⁹ cuando afirman

⁴²⁹ 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

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

que: “La característica más importante de los sistemas de garantía en Latinoamérica es el papel relevante del Estado en su implantación y desarrollo. No sólo los recursos proceden mayoritariamente del sector público, casi en exclusividad, con una fuerte implicación en las propias entidades, sino que incluso, a veces, se ha establecido un marco institucional específico, creando puntualmente para su desarrollo entidades públicas. En contraposición, con esta situación, en el estudio europeo (Pombo, Molina & Ramírez, 2006), se pone de manifiesto una clara cooperación y colaboración tradicional del sector público y privado que se refleja en España y Portugal. En Latinoamérica es frecuente emplear, por parte del sector público, como fórmula de capitalización, los patrimonios líquidos autónomos (Fondos de Garantía y fideicomisos). Este modelo contrasta con el modelo europeo en el que se apuesta por la creación y participación en sociedades mercantiles e incluso, dentro de éstas, en las mutualistas, todo ello con el objetivo de favorecer la participación privada financiera y empresarial (directamente por los propios usuarios y/o indirectamente de sus organizaciones gremiales).”

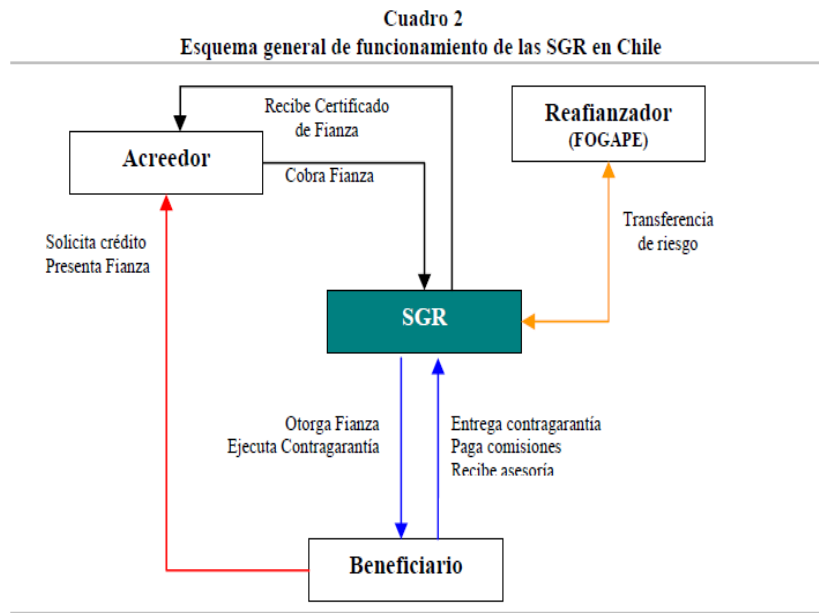
A partir de lo expuesto, es que estimamos que la participación estatal se encuentra llamada a estar de manera permanente en contacto con el mundo privado, incentivando y velando para que los distintos sistemas de garantías recíprocos resguarden de manera efectiva el interés superior comprometido que se aprecia en el oportuno y eficaz desarrollo de los distintos sistemas de garantías recíprocos existentes y por existir en Iberoamérica.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

ANEXOS

1. ESQUEMA DE FUNCIONAMIENTO SGR CHILENA

Las sociedades operarán (Cuadro 2) otorgando fianzas a favor de sus asociados y/o beneficiarios⁴, las que se encontrarán respaldadas por el patrimonio de la SGR. A su vez, los beneficiarios respaldan sus compromisos con la SGR, mediante la constitución de garantías⁶ (contragarantías).



Fuente: Elaboración propia en base al texto legal.

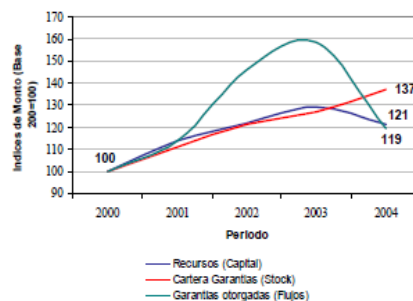
“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

2. ESQUEMA DE FUNCIONAMIENTO SGR EUROPEAS⁴³⁰

Los sistemas de garantía dentro de los que se insertan las SRG, tienen en el mundo y especialmente en Europa, un fuerte desarrollo (Cuadro 3) y una larga tradición. En países como Alemania, la cartera afianzada por los Sistemas de Garantía (Stock) representa en monto un 3,1% de la cartera de colocaciones de las instituciones financieras. Incidencias similares se observan en Francia (2,9%) y España (1,2%).

Cuadro 3
Sistemas de Garantías Europeos

Evolución de los Sistemas de Garantías en Europa
2000-2004



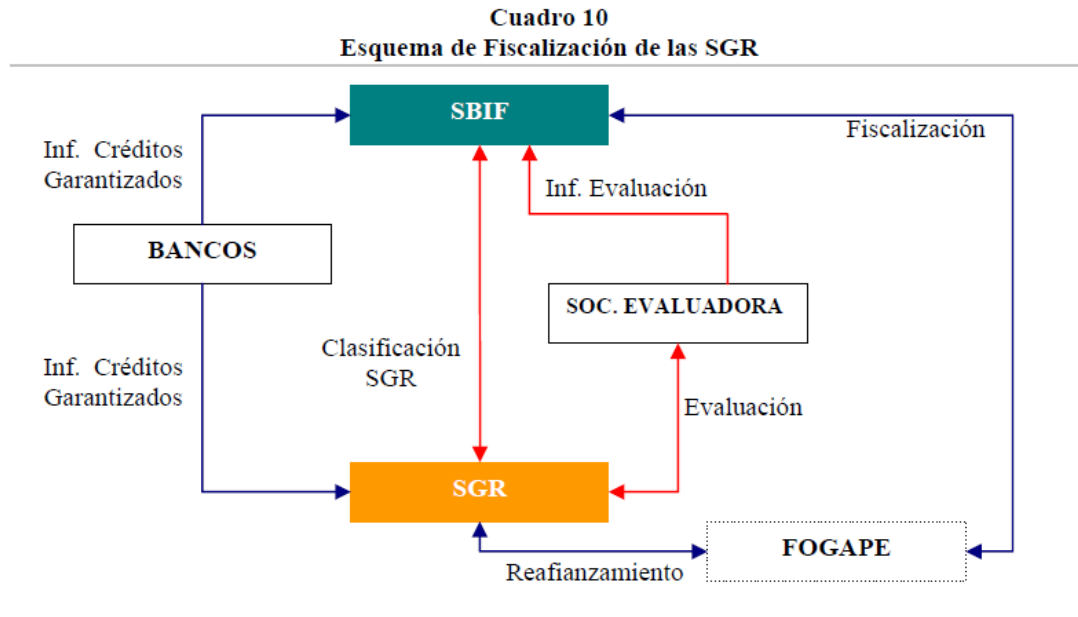
Sistemas de Garantías Europeos
2004

	Miles de dólares			Número de empresas
	Recursos (Capital)	Cartera Garantías	Garantías otorgadas	Mipyme Beneficiadas
AECM	4.965.670	54.573.847	15.432.676	3.380.452
No AECM	979.890	2.439.478	1.982.905	44.371
Total Europa	5.945.560	57.013.325	17.415.581	3.424.823

⁴³⁰ Fuente: Elaboración Propia en base a antecedentes de Pombo (2006) y Asociación Europea de Caución Mutua (2005). Paridad usada, 1,37 US\$/Euro. AECM, Países miembros de la Asociación Europea de Caución Mutua

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3. ESQUEMA DE FISCALIZACIÓN DE LAS SGR CHILENAS



Fuente: Elaboración propia en base al texto legal.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

I. 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 junio de 2011 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 junio de 2011 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 junio de 2011 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 junio de 2011 en www.bcn.cl

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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 junio de 2011 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 junio de 2011 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 junio de 2011 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 junio de 2011 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 junio de 2011 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 junio de 2011 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

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).

II LIBROS, MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

1. Adrian Grimblatt, Gastón; “Sociedades de Garantía Recíproca, Normativa, Marco Regulatorio y Supervisión en el Sistema Argentino”. Red Iberoamericana de Garantías, Regar. Disponible en internet en el mes de junio de 2011 en www.redegarantias.com/boletines/archivo.asp?idarchivo=347.
2. Alessandri Rodríguez A, y Somarriva Undurraga, M, “Curso de Derecho Civil”, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1942, Tomo IV, Volumen II, páginas 689-720.
3. Balladares Toledo, Carlos; “Evolución Sociedades de Garantía Recíproca: Chile, Argentina y España”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en internet en el mes de junio de 2011, en www.bcn.cl.
4. Bercovitz, A, “La nueva ley 1/1994 sobre Sociedades de Garantía Recíproca”. Perspectivas del sistema financiero, 1994, páginas 7-34.
5. Bercovitz, A., “Sociedades de garantía mutua”, Revista de derecho mercantil, madrid, julio-septiembre, 1975, páginas 269 y ss.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

6. Bercovitz, A, “El objeto social de las Sociedades de Garantía Recíproca”, Revista de Derecho Mercantil, julio-diciembre 1980.
7. Bercovitz Alberto; “Antecedentes de la regulación legal sobre sociedades de garantía recíproca”; Estudios de Derecho Mercantil, en homenaje al profesor Antonio Polo, Editorial Revista Derecho Privado; Editorial de Derecho Reunido; Madrid, 1981.
8. Bercovitz, A, “Informe sobre las sociedades de garantía recíproca”, Madrid, 1983.
9. Bercovitz, A, “Las Sociedades de Garantía Recíproca”, en opiniones sobre la pequeña y mediana empresa”, Madrid, 1984.
10. Bercovitz, A, “La Sociedad de Garantía Recíproca como tipo social autónomo”, en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Libro Homenaje a Emilio Verdura y Tullés, Tomo I, Madrid, 1994.
11. Bercovitz, A, “La nueva ley 1/1994 sobre Sociedades de Garantía Recíproca”. Perspectivas del sistema financiero, 1994, páginas 7-34.
12. 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.
13. Broseto Pont Manuel y Martínez Sanz Fernando, “Manual de Derecho Mercantil” 12 Edición, Vol. I, Madrid, 2005. Páginas 634 y ss.
14. Caballero Sánchez-Izquierdo, “Régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca”, Madrid, 1979.
15. Cesgar, “El Sistema español de SGR”, Madrid, 1995

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

16. Cesgar, “Informe Las Sociedades de Garantía Recíproca en 2000”, Madrid, 2001.
17. Cesgar, “Informe Las Sociedades de Garantía Recíproca en 2005”, Memoria CESGAR, 2005.
18. Charro Valls, José María y Sánchez Bernal, María Isabel, “Sociedades de Garantía Recíproca”, situación actual, Ediciones Universidad de Salamanca, 1985.
19. De la Cuesta Rute, José María; González Vásquez, José., “Modificación de estatutos, aumento de reducción del capital social en la sociedad de garantía recíproca”; “Revista de Derecho Bancario y Bursátil, número 80, octubre - diciembre 200, año XIX, Valladolid, 1999, Editorial Lex Nova, páginas 93 y ss.
20. 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.
21. 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
22. Embid, Irujo, “Tipos de socios en la sociedad de garantía recíproca”, CDC 34/2001, páginas 31-49.
23. Fernández Ruiz, José Luis; “Instituciones de Derecho Empresarial”, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1983.
24. García Villaverde, RDM, págs. 71-95. Las sociedades de garantía recíproca, en Revista de Derecho Mercantil Número 155, 1980, páginas 71-95.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

25. Gómez Jiménez, Enrique M, “El Sistema de Sociedades de Garantía Recíproca en Andalucía”, Universidad de Granada, Biblioteca de Ciencias Económicas y Empresariales, 1994.
26. 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.
27. Gutiérrez Viguera, Manuel; “El reafianzamiento de las Sociedades de Garantía Recíproca”; Revista de Derecho Bancario y Bursátil, número 10, año III, Abril – Junio 1983, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil.
28. Jiménez Sánchez, Guillermo J; “Las sociedades mutualistas y las instituciones de inversión y financiación colectiva”; Lecciones de Derecho Mercantil, Madrid, 2006.
29. 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.
30. Palá Laguna, Reyes; “Fórmulas renovadas de financiación de la Pyme: algunos aspectos del régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca”, Derecho de Sociedades; Libro Homenaje Sánchez Calero, Tomo IV.
31. 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.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

32. 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.
33. 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.
34. Pombo González, P., “Las nuevas Sociedades de Garantía Recíproca”, Dirección y Progreso número 36, 1995, páginas 51-53.
35. Pombo González, P. “Las SGR: una experiencia de financiación de las pymes”, en Boletín Económico de Andalucía número 19,1995, páginas 285-302.
36. Quijano González, Jesús, “Los órganos de la Sociedad de Garantía Recíproca”, Revista de Derecho de Sociedades, año 2000-2002, número 15, Editorial Aranzadi, 2001, Navarra, Página 13-55.
37. Ribó Durán, L. María, “Presente y futuro de las sociedades de garantía recíproca”, Barcelona,1986
38. Ribó Durán, L. Las sociedades de garantía recíproca: Estructura y funcionamiento”, Barcelona, 1983.
39. Sánchez Martínez, Luis Carlos; “Los Consejos de Administración de las Sociedades de Garantía Recíprocas Españolas”.
40. Sánchez Calero, Fernando; “Instituciones de Derecho Mercantil” Tomo I, 19 edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Agosto 1996, Madrid, Páginas 579-570.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

41. Sánchez Galero-J, Fernando; Sánchez-Galero Guilarte; “Instituciones de Derecho Mercantil”, Vol. I, 29 Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.
42. Uría, R, Menéndez, 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.
43. Vázquez Cueto, José Carlos; “Las Sociedades con Base Mutualista”; Jiménez Sánchez Guillermo J, (coordinación), “Derecho Mercantil”, 10 Edición actualizada, septiembre 2005, Barcelona.
44. Vicent Chulia, Francisco; “Notas sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca”, en Panorama Bursátil 1979, páginas 13 y siguientes.
45. Vicent Chulia, Francisco; “Introducción al Derecho Mercantil”, 10 Edición, Valencia 1997.
46. Yáñez Álvaro Alexis; “Supervisión de las Sociedades de Garantía Recíproca (SGR) en Chile”, julio 2007

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

ÍNDICE

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

INTRODUCCIÓN

**CAPÍTULO I. “BASES PARA UNA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

1. Introducción.
2. La sociedad de garantía recíproca iberoamericana en tanto “instrumento de promoción empresarial”. Funciones y servicios.
 - 2.1 El referente español.
 - 2.2 La doble regulación del legislador salvadoreño.
 - 2.3 La influencia española en el caso nicaragüense.
 - 2.4 El fomento de la Mipyme argentina a través de su política estatal
3. Caracteres distintivos de una Sociedad de Garantía Recíproca Iberoamericana.
 - 3.1 Es una sociedad de empresarios. Socios partícipes y socios protectores.
 - 3.1.1 El caso español
 - 3.1.2 Socios partícipes y protectores para la legislación salvadoreña.
 - 3.1.3 La falta de influencia argentina en clasificación de socios chilena.
 - 3.1.4 La consolidación de la clasificación de socios partícipes y protectores en la reciente legislación guatemalteca
 - 3.1.5 El singular caso uruguayo.
 - 3.1.6 Socios partícipes y socios protectores en la SGR Nicaragüense
 - 3.1.7 Proyecto de Ley de Sociedades de Garantías Recíprocas de Bolivia
 - 3.2 El objeto social único o finalidad exclusiva de la SGR.
 - 3.2.1 ¿Qué es lo que la SGR debe y puede hacer a favor de sus asociados?
 - 3.2.1.1 La múltiple regulación salvadoreña.
 - 3.2.1.2 Las semejanzas de los casos nicaragüense y salvadoreño.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.2.1.3 Uruguay. Su amplia remisión normativa en tanto factor compartido por el caso Chileno.

3.2.1.4 La caracterización y objeto de la LSGR Argentina

3.2.1.5 Proyecto de Ley de Sociedades de Garantías Recíprocas de Bolivia

3.2.1.6 El caso de Guatemala como parte de una tendencia centro americana.

3.2.2 ¿De qué manera debe la SGR entregar sus garantías?. La doble condición del socio partícipe.

3.2.2.1 Régimen aplicable a las garantías españolas.

3.2.2.2 Régimen aplicable a las garantías nicaragüenses.

3.2.2.3 La realidad guatemalteca.

3.2.3 ¿Qué es lo que no puede hacer la SGR? Operaciones Prohibidas.

3.2.3.1 Las operaciones prohibidas en la SGR argentina

3.2.3.2 Operaciones prohibidas en la LSGR nicaragüense

3.2.3.3 Prohibiciones y limitaciones guatemaltecas.

3.3 La razón social distintiva. El nombre propio de la Sociedad de Garantía Recíproca.

3.3.1 El referente español. Exclusividad, correcta utilización y sanción por uso indebido de su razón social.

3.3.2 El nombre de la SGR argentina.

3.3.3 El nombre comercial salvadoreño.

3.3.4 La razón social y nombre de fantasía nicaragüense

3.3.5 La similitud entre la razón social uruguaya y chilena.

3.3.6 El proyecto de ley Boliviano.

3.4 Existencia de un capital social variable y su división en participaciones sociales dotadas de características propias.

3.4.1 La verdadera participación social del caso español. Integración, variabilidad y división del capital social.

3.4.2 La participación social accionaria en el caso argentino

3.4.3 Capital, variabilidad, y participaciones sociales en la República de El Salvador

3.4.4 La realidad nicaragüense

3.5 Fondo de provisiones técnicas y régimen de reserva legal.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 3.5.1 El fondo de provisiones técnicas y la reserva legal española
- 3.5.2 Reserva legal y distribución de beneficios en la LSGR argentina
- 3.5.3 La influencia española en el fondo de provisiones técnicas y en la reserva legal salvadoreña
- 3.5.4 El reciente caso guatemalteco
- 3.6. Régimen de Reafianzamiento. ¿Societario o bien vía fondo de garantía?
 - 3.6.1 Las sociedades de reafianzamiento españolas
 - 3.6.2 El fondo de riesgo argentino. ¿Una alternativa de reafianzamiento para la SGR?
 - 3.6.3 La solución mixta en la legislación salvadoreña
 - 3.6.4 Fondo de desarrollo y sociedades reavaladoras en el caso nicaragüense
 - 3.6.5 El fondo para el desarrollo de la SGR guatemalteca
 - 3.6.6 El fondo de garantía Boliviano
- 3.7.1 La Junta general y el Consejo de Administración en la SGR española.
 - 3.7.1.1 La Junta general española
 - 3.7.1.2 Competencia y Facultades del Consejo de Administración de la SGR española.
 - 3.7.1.2.1 Competencia del Consejo de Administración español.
 - 3.7.1.2.2 Facultades del Consejo de Administración español. Otorgamiento de garantías y exclusión del socio incumplidor.
 - 3.7.1.2.3.1 Requisitos para ser miembro del Consejo de Administración.
 - 3.7.1.2.3.2 El Consejo de Administración y los Gobiernos Corporativos.
- 3.7.2 Los órganos sociales en la SGR argentina.
 - 3.7.2.1 La asamblea general de la SGR argentina.
 - 3.7.2.2 Composición, función principal, y competencia del Consejo de administración en la SGR argentina.
 - 3.7.2.2.1 Composición y función principal del Consejo de administración en la SGR argentina.
 - 3.7.2.2.2 Ámbito de competencia del Consejo de administración en la SGR argentina.
 - 3.7.2.3 La sindicatura argentina.
- 3.7.3 Los órganos de administración de la LSGR salvadoreña. Los órganos de gobierno y el órgano de fiscalización.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.7.3.1 La Junta general salvadoreña.

3.7.3.2 Composición y competencia de la Junta directiva salvadoreña.

3.7.3.2.1 Requisitos para ser Director de la Junta directiva de la SGR salvadoreña.

3.7.3.2.2 Obligaciones y Responsabilidades de los Directores de la Junta directiva.

3.7.3.3 Comité de auditoría y auditores externos de la SGR salvadoreña.

3.7.3.3.1 El comité de auditoría en tanto órgano fiscalizador de la SGR salvadoreña.
Composición y funciones.

3.7.3.3.2 Los auditores externos de la SGR Salvadoreña.

3.8 Es una sociedad sometida a la autorización y supervisión de la autoridad administrativa.

3.8.1 La autorización de existencia y supervisión administrativa en la SGR española

3.8.1.1 Autorización de existencia y Registro a los cuales debe someterse la SGR española.

3.8.1.1.1 Autorización de existencia de la SGR española.

3.8.1.1.1.1 Denegación de la solicitud de autorización de existencia de la SGR española.

3.8.1.1.1.2 Revocación de autorización de existencia de la SGR española.

3.8.1.1.2 Registros a los cuales debe someterse la SGR española.

3.8.1.2 Supervisión administrativa de la SGR española.

3.8.2 La fiscalización, autorización, y supervisión administrativa de la superintendencia salvadoreña

3.8.2.1 Fiscalización de la Superintendencia sobre la SGR salvadoreña.

3.8.2.2 Autorización de existencia en la SGR salvadoreña.

3.8.2.3 Supervisión administrativa en la SGR salvadoreña.

3.8.3 Creación, integración, y atribuciones del denominado Órgano Regulador Nicaragüense.

3.8.4 La autoridad de aplicación uruguaya

3.9 Goza de la consideración de entidad financiera.

3.9.1 El régimen sancionador español

3.9.2 La consideración de entidad financiera para la SGR Nicaragüense.

4. El trascendental aporte de la jurisprudencia española para el desarrollo de la SGR iberoamericana.

“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA IBEROAMERICANA”

- 4.1 La no accesoriedad del contrato de garantía recíproca o aval a primer requerimiento y su diferencia con el contrato de fianza.
 - 4.2 Ámbito de aplicación de la resolución de la autoridad administrativa en virtud de la cual se califica de apta a la SGR para avalar ante la Administración de una Comunidad Autónoma.
 - 4.3 ¿Se encuentra sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados o bien al impuesto sobre el valor añadido- IVA, la constitución de hipoteca en garantía de afianzamiento prestada por la SGR a sus socios?
 - 4.4 Efectos de entregar el carácter de entidad de financiación a las Sociedades de Garantía Recíproca.
 - 4.5 Procedencia en la aplicación de multas y/o amonestaciones sobre la SGR por parte de la autoridad administrativa, por causa o a propósito de infracciones a la ley sobre disciplina e intervención en las entidades de créditos españolas. Operaciones prohibidas e irregularidades contables.
 - 4.6 Regulación de las normas especiales para la elaboración y presentación de la información contable de las SGR. Un buen ejemplo de supervisión administrativa.
 - 4.7 ¿Alcanza la garantía que entrega la SGR a sus beneficiarios, a la contragarantía de naturaleza real que a su vez el socio partícipe constituye en favor de la sociedad avalista?
5. Reflexiones conclusivas.

CAPÍTULO II. PARTE PRIMERA “ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE GARANTÍA RECÍPROCA EN CHILE”

1. Introducción.
 - 1.1 El Origen del sistema de garantías: La dificultad de acceso al crédito
 - 1.2. La relación género-especie y el “giro exclusivo” de las IGR
 - 1.3 La prioridad otorgada a la SAGR
2. Políticas públicas y participación del mundo privado para la preparación e implementación progresiva del sistema de garantías recíprocas en Chile
 - 2.1 Las políticas públicas

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 2.2 El papel del mundo privado y de la banca chilena en particular
3. Fundamentos jurídicos-históricos de la ley Núm. 20.179
4. Alcances jurídicos derivados de la ley 20.179
5. Algunas consideraciones y recomendaciones para la implementación del Sistema de Garantías Recíprocas Chileno
6. Reflexión final.

**CAPÍTULO II. PARTE SEGUNDA “NORMAS ORGÁNICAS Y FUNCIONALES
DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA”**

1. Introducción. Razones para una división normativa orgánica-funcional
2. Normas orgánicas internas
 - 2.1. Clasificación de las normas orgánicas internas
 - 2.1.1. Normas orgánicas internas relativas al tipo social adoptado
 - 2.1.2 Normas orgánicas internas referentes a los requisitos de constitución del tipo social respectivo
 - 2.2 La auto-regulación privada vía estatutos
 - 2.3. Relación normativa existente entre la LSGR y la LSA chilena
 - 2.4. Los denominados pactos de accionistas. Futuro de la auto-regulación privada de la Sociedad de Garantía Reciproca vía estatutaria
 - 2.5. Regulación normativa específica establecida por la LSGR para los estatutos respectivos
 - 2.6. Las mal denominadas reglas específicas de la SGR
 - 2.7. Normas orgánicas internas de constitución del denominado Fondo de Reserva Patrimonial
3. Normas orgánicas externas
 - 3.1 Clasificación de las normas orgánicas externas
 - 3.1.1 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
 - 3.1.2.-Los llamados Fondos de Garantía del artículo 33

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

3.1.3. La participación del denominado Fondo de Garantía del Pequeño Empresario. FOGAPE

3.1.4. 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

3.2. El Control Privado. Los Auditores Externos Independientes

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

3.4. El denominado control normativo

3.5 El Control orgánico (previo y posterior)

3.6. Control con respecto a los terceros relacionados

3.7 El control funcional

4. Las denominadas normas dinámicas o funcionales

4.1 Clasificación de las normas dinámicas o funcionales

4.1.1 Las conceptualizaciones legales establecidas en la ley 20.179 aplicables a la SAGR

4.1.1.1 Concepto y características de la Sociedad Anónima de Garantía Recíproca

4.1.1.2 Beneficiarios del sistema de garantías

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

4.1.2.- El objeto único o exclusivo de la SAGR

4.1.3. Régimen legal para la inversión de recursos y fondos por parte de la SAGR

4.1.3.1 Distinción entre recursos y fondos de la SAGR

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

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

4.1.3.4 Régimen legal de inversión de los fondos de garantía

4.1.3.5 Naturaleza jurídica de los fondos de garantía (FG)

4.1.4. Medidas legales de resguardo solvente y régimen de participación social de la SAGR

4.1.4.1 Medidas legales de resguardo solvente de la SAGR

4.1.4.2 Régimen de participación social

4.1.4.3 Junta de accionistas

4.1.4.4 Obligaciones y derechos de los accionistas

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

4.1.4.5 Otros derechos sociales en la SAGR

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

5.1. Acerca de la distinción entre normas sustantivas y normas procesales

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

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

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

7.1.1 Algunos rasgos contractuales del contrato de garantía recíproca

7.1.1.1 Acerca del concepto legal del contrato de fianza civil

7.1.1.2 Algunas características contractuales del contrato de fianza civil

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

7.1.1.3.1 Consentimiento de las partes

7.1.1.3.2 Capacidad del fiador.

7.1.1.3.3 Objeto de la fianza.

7.1.1.3.4 Causa de la fianza.

7.1.1.3.5 Existencia de una obligación principal.

7.1.1.4 Características contractuales del contrato de garantía recíproca

7.1.2 Menciones obligatorias del contrato de garantía recíproca.

7.1.2.1 La enumeración mínima y no taxativa de las menciones obligatorias.

7.1.2.1.1 El monto de las obligaciones afianzadas

7.1.2.1.2 Las contragarantías

7.1.2.1.2.1 Las cauciones y su denominación genérica

7.1.2.1.2.2 La contraprestación recíproca

7.1.2.1.2.3 La contragarantía especial de prenda sobre acciones o cuotas de capital

7.1.2.1.3 Derechos y obligaciones de las partes

7.1.2.1.4 El plazo de duración del contrato de garantía recíproca

7.1.2.1.5 Otras menciones que las partes acuerden

7.1.3 El contrato de garantía recíproca y su relación con el contrato de fianza civil

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 7.1.3.1 La remisión normativa genérica y supletoria al código civil
- 7.1.3.2 Delimitación de la remisión normativa genérica y supletoria
- 7.1.3.3 Clases de fianzas y su relación con el contrato de garantía recíproca.
 - 7.1.3.3.1 En cuanto al origen de la fianza
 - 7.1.3.3.2 En cuanto a la cantidad y tipo de los bienes afianzados
 - 7.1.3.3.3 En cuanto a los beneficios concedidos por la fianza
- 7.1.3.4 Acerca de los obligados a rendir fianza.
- 7.1.3.5 La extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca.
- 7.1.3.6 Causales específicas de extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca.
 - 7.1.3.6.1 El pago de la obligación principal
 - 7.1.3.6.2 La modificación o novación de la obligación principal
- 7.1.3.7 Causal genérica y supletoria de extinción de la fianza en el contrato de garantía recíproca.
 - 7.1.3.7.1 La dación en pago.
 - 7.1.3.7.2 La compensación.
 - 7.1.3.7.3 La remisión.
 - 7.1.3.7.4 La confusión.
- 7.1.4 Efectos del contrato de fianza y su relación con los aspectos procesales del contrato de garantía recíproca.
- 7.2 Aspectos procesales del contrato de garantía recíproca
 - 7.2.1 Efectos entre el fiador y el deudor principal, antes de efectuado el pago por el primero.
 - 7.2.2 Efectos entre el fiador y el deudor principal, después de efectuado el pago por el primero.
 - 7.2.3 Acción de reembolso y Acción subrogatoria en el contrato de garantía recíproca
 - 7.2.4 La Acción de reembolso.
 - 7.2.5 La Acción subrogatoria.
 - 7.2.5.1 Derechos en que se subroga el fiador.
 - 7.2.5.2. Contra quien puede dirigirse la acción subrogatoria.

**“LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA CHILENA. UNA
APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
IBEROAMERICANA”**

- 7.2.5.3 Prescripción de la acción subrogatoria.
- 7.2.6 El privilegio de los créditos afianzados
- 8. El certificado de fianza material e inmaterial
 - 8.1. Aspectos sustantivos del certificado de fianza
 - 8.1.1 La inmaterialidad del certificado de fianza
 - 8.1.2 El certificado de fianza material
 - 8.1.3 Pérdida, extravío o destrucción del certificado de fianza
 - 8.1.4 La securitización del certificado de fianza
 - 8.1.5 El proceso de calificación de garantías por parte de la SBIF
 - 8.2. Aspectos procesales del certificado de fianza
 - 8.2.1 Aspectos procesales particulares del certificado de fianza
- 9. La carta de garantía
 - 9.1. Aspectos sustantivos de la carta de garantía
 - 9.1.1 Las menciones obligatorias de la carta de garantía
 - 9.2. Aspectos procesales de la carta de garantía
- 10. Disolución, fusión y división de la SAGR
- 11. Reflexión Final

CAPÍTULO III “CONCLUSIONES”

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ANEXO

ÍNDICE