

ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA LA
IMPLEMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE
GARANTÍA RECÍPROCA EN CHILE



XII Foro
Iberoamericano
de Sistemas de Garantía
y Financiamiento para
la Micro y Pyme

Adolfo Carlos Silva Walbaum¹

Valparaíso, Chile, Diciembre de 2007

¹ Abogado Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster © Derecho de la Empresa Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor © en Derecho UGR. Programa “El Derecho Mercantil y su Proceso de Reforma: Nuevas Tecnologías”. e-mail : adolfo.silva.walbaum@gmail.com

Abstracto²

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 en marcha en Chile, de las denominadas Instituciones de Garantía Recíproca o en adelante- las IGR- 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 20.179.³ 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 inestabilidad financiera e insolvencia.⁴ 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 Guatemala⁵. 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.

² 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.

³ 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 noviembre de 2007 en www.sbif.cl

⁴ En concreto, los 6 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”.

⁵ 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.

Sumario

A.- Introducción. B.- Políticas públicas y participación del mundo privado para la preparación e implementación progresiva del sistema de garantías recíprocas en Chile. C.- Fundamentos jurídicos-históricos de la ley Núm. 20.179. D.- Alcances jurídicos derivados de la ley 20.179. E.- Algunas consideraciones y recomendaciones para la implementación del Sistema de Garantías Recíprocas Chileno. F. Reflexión Final.

A.- Introducción

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 comerciales⁶.

A mayor abundamiento, cabe recordar que según una encuesta reciente del Banco Mundial, el 40% 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 80% de la fuerza laboral chilena considerada en su conjunto.⁷⁸

⁶ 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.

⁷ Fuente: Economía y negocios on- line. Disponible en internet en el mes de agosto de 2007, en www.economiaynegocios.cl

⁸ 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.

Es más, 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,⁹ se consideró la necesidad de abordar y dar solución a los problemas señalados precedentemente. En efecto, estimamos que el mejor 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 para 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”.

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 ley Núm. 20.179 estableció claramente una relación género-especie, entre lo que por una parte denominó como 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).¹⁰

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. 18.046¹¹ de sociedades anónimas chilenas, y su reglamento respectivo¹².

La otra opción en cambio, es que se constituya bajo la forma de una **Cooperativa de Garantía Recíproca**, sometiéndose también en este caso en gran parte a las normas de su ley general correspondiente.¹³

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

⁹ 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).

¹⁰ 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”.

¹¹ Ley número 18.046 sobre sociedades anónimas, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de octubre del año 1981, Ministerio de Hacienda, Chile.

¹² 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.

¹³ 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”.

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 ley 20.179, consistentes en:

- i. 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.
- ii. Prestar asesoramiento técnico, económico, legal y financiero a los beneficiarios.**
- iii. Administrar los fondos** a que se hace referencia en el artículo 33.¹⁴
- iv. Administrar las contragarantías** que se hayan rendido a su favor de conformidad con los pactos que se celebren entre las partes.¹⁵

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 cooperativas, quienes gocen del privilegio de la inminente constitución, creación y puesta en marcha del sistema.

Sostenemos lo anterior en base a los siguientes argumentos;

1. Ya desde el propio artículo 1 de la Ley, 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 18.046¹⁶, y sólo en el inciso final de dicho articulado, se extiende a las CGR la posibilidad de su constitución legal y puesta en marcha.

¹⁴ 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).

¹⁵ 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.

¹⁶ Ministerio de Hacienda, Ley número 18.046 sobre sociedades anónimas, Publicada en el Diario Oficial con fecha 22.10.1981.

2. 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 para la doble opción viable de constitución de la IGR.*
3. 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.
4. Del mismo modo, el artículo 3 letra d) de la ley, 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.
5. 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.
6. 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”.
7. 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 CGR¹⁷.

B.- Políticas públicas y participación del mundo privado para la preparación e implementación progresiva del sistema de garantías recíprocas en Chile.¹⁸

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.

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como primera tarea pública desarrollada en Chile, encontramos al denominado Fondo de Garantía del Pequeño Empresario, en adelante FOGAPE¹⁹.

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 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 dólares²⁰.

¹⁷ 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 trata esta Circular e igualmente serán clasificadas en categoría “A” o “B”, según lo señalado en el título II de estas instrucciones”.

¹⁸ 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 diciembre de 2007 en www.redegaranatias.com

¹⁹ 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).

²⁰ 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

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 a pequeños empresarios chilenos²¹.

Como segunda política pública, encontramos el importante trabajo que hasta la fecha ha realizado la CORPORACIÓN DE FOMENTO CHILENA- en adelante 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.

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 Fogain, y por otro, las líneas de crédito de fondo de inversión y su reciente licitación a la banca privada. Respecto al Fogain, 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.²² 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.²³

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.

²¹ Finalmente cabe señalar que a partir del mes de septiembre del año en curso, la Corporación de Fomento chilena, en adelante 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.

²² Entre la características particulares del Fogain, cabe destaca 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).

²³ 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.

Finalmente, a nivel legislativo encontramos dos reformas 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 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.²⁴

Respecto a su contenido, estimamos necesario destacar los siguientes hechos;

1. 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.
2. 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 Fomento²⁵, en adelante UF, y también a fondos de inversión que invierten en empresas más grandes con ventas inferiores a las 400 mil UF.
3. 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.
4. 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.²⁶

²⁴ Ley Núm. 20.190, publicada en el D.O, con fecha 5 de junio de 2007, mediante la cual se “Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales”. Ministerio de Hacienda, Chile. Fuente: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en internet en el mes de diciembre de 2007 en www.bcn.cl

²⁵ La Unidad de Fomento es una unidad monetaria chilena de carácter variable. Su valor actual aproximado es de 39.49 dólares.

²⁶ Finalmente, a nivel regional chileno encontramos la próxima puesta en marcha del Proyecto “**MiPyme-Pro**”, impulsado por la Ilustre Municipalidad de Viña del Mar. Dicho proyecto se estructura sobre la base del desarrollo de una plataforma de negocios en línea, software y páginas web, completamente innovadora en Chile, y que se espera otorgue a quienes participen del programa, una

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.

C.- 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 ley Núm. 20.179. En dicho sentido, creemos que el mejor reflejo de ello, 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 el mismo, se pueden desprender de los términos vertidos en el ya mencionado mensaje de S.E. el Presidente de la República para la ley 20.179.²⁷

Para tal efecto, y siguiendo al propio mensaje, hemos estimado necesario agrupar los principales fundamentos, objetivos y razonamientos sobre los cuales se estructura la ley 20.179 de conformidad a la siguiente manera;

- 1. Problemas del actual sistema de garantías.**
- 2. El Funcionamiento del sistema de garantías.**

herramienta útil e integral para el fomento y desarrollo efectivo de las MiPymes de la ciudad jardín en una primera etapa, y para las MiPymes del resto de las comunas del país, a mediano plazo. Asimismo se estima que el Proyecto “MiPyme-Pro”, permitirá unir en un solo instrumento las diversas necesidades que presentan las MiPymes chilenas, tanto en lo que se refiere al acceso a una mayor y mejor información para su empresa, e-learning (capacitación empresarial a distancia), como también en la solución e información oportuna respecto a las nuevas oportunidades de acceso al crédito y que con la puesta en marcha del sistema de garantía recíprocas, estarán a su disposición.

²⁷ Mensaje Presidencial, ob. cit.

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 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 cauciones, o si los tienen, deben asumir los elevados costos a que se ha hecho referencia precedentemente. 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”.

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:

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.
5. Por su parte, 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 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”²⁸, 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”.

D.- 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 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 Ley 20.179, 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

²⁸ 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.”

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 ley 20.179.

En cuarto término está la ley Número 4.287 sobre prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos. 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 necesidad, materialidad y literalidad a los certificados de garantía regulados en la ley.

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.”

E.- 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 aparatado 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;

1. 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.
2. Las IGR son un tipo social autónomo distinto de las sociedades anónimas y de las cooperativas. El éxito alcanzado en otras legislaciones al respecto, se basa 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.
3. La ley chilena al tratar a las IGR, más que abocarse a la idea de un tipo social autónomo y de corte mutualista, prefirió regular el establecimiento de

una 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.

4. 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.
5. Es más, estimamos que la ley 20.179 centra la eficacia de su aplicación normativa en los siguientes hechos:
 - a. Creación de un sistema de garantías **sumamente autónomo y auto financiable** en base a las garantías y contragarantías respectivas.
 - b. Efectividad del sistema de garantías en base a la fianza que la IGR le prestará a sus beneficiarios frente **al acreedor correspondiente**,²⁹ y a la denominada caución o contragarantía que otorguen sus beneficiarios.
 - c. 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.
6. 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.
7. 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.

²⁹ 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.

8. 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.
9. 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 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.
10. 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**.
11. 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 acarrea³⁰.

Por otra parte, encontramos lo que hemos denominado como **recomendaciones propuestas**. A través de ellas, queremos simplemente transmitir una guía ilustrativa y meramente referencial, y que en nuestra opinión, resultará útil para una próxima constitución e implementación del sistema de garantías recíprocas chileno;

1. 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 (personales y reales tradicionales) existentes en la legislación chilena.
2. 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

³⁰ 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”.

mandato de la ley 20.179, le correspondería cumplir al FOGAPE, administrado por el Banco del Estado de Chile.

3. **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).
4. 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 sociales**, las cuales no son negociables o transables en bolsa de valores, y que por tanto, tampoco se podrán denominar como **acciones**.
5. 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 mutualista³¹.

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 valores³².

³¹ 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.

³² 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.....”. Bercovitz, A, *“La Sociedad de Garantía Recíproca como tipo social*

6. 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.³³
7. 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;
- i. Las Cooperativas de Ahorro y crédito de acuerdo a los artículos los artículos 86 a 90 de su Ley General³⁴, “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.
 - ii. 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”.

autónomo”, en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil, Libro Homenaje a Emilio Verdura y Tuller, Tomo I, Madrid, 1994, página 230.

³³ Estimamos que mientras la variabilidad del capital permitirá un **acceso más libres 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.

³⁴ 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.

- iii. 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.
- iv. 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 las razones del porqué algunas de ellas han sufrido algunos problemas de gestión e ineficiencia en su funcionamiento, derivados de aspectos propios de su estructura social.

F. Reflexión Final.

Del estudio concordado de la normativa contenida en la ley 20.179, entendemos que si bien es cierto que la IGR en general, y las SAGR o bien las CGR según sea el caso, en 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 a 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”.

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 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 encuentra 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.³⁵

Como epílogo, no cabe más que recordar el trascendental desafío que se le presentará al FOGAPE en su labor de actual 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 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.

³⁵ 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.

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 diciembre de 2007 en www.redegaranatias.com

2.-Circulares número 1 de la Super Intendencia de Bancos e Instituciones Financieras- SIBF, de fecha 16 de octubre de 2007, disponibles en internet, en el mes de noviembre de 2007 en www.sbif.cl

3.-Código Civil de la República de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

4.-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.

5.-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”. Disponibles en internet en el mes de diciembre de 2007 en www.bcn.cl

6.-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.

7.-Ley Núm. 18.046 sobre sociedades anónimas, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de octubre del año 1981, Ministerio de Hacienda, Chile. Disponibles en internet en el mes de diciembre de 2007 en www.bcn.cl

8.-Ley Núm. 18.815, que regula Fondos de Inversión, publicada en el Diario Oficial de fecha 29 de julio de 1989. Disponible en internet en el mes de diciembre de 2007 en www.hacienda.cl

9.- Ley Núm. 18.876, que “Establece el marco legal para la Constitución la Constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores”, publicada en el Diario Oficial de 21 de diciembre de 1989. Disponible en internet en el mes de noviembre de 2007 en www.hacienda.cl

10.-Ley Núm. 20.130, que “Introduce modificaciones en el decreto ley n° 3.475, de 1980, que contiene la ley sobre impuesto de timbres y estampillas”. Publicada en el Diario Oficial con fecha 07 de noviembre de 2006. Disponible en internet en el mes de diciembre de 2007 en www.bcn.cl

11.-Ley Núm. 20.190, publicada en el D.O, con fecha 5 de junio de 2007, mediante la cual se “Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales”. Ministerio de Hacienda, Chile. Fuente; Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, disponible en internet en el mes de diciembre de 2007 en www.bcn.cl.

12.- 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.

13.-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. Bercovitz, A, “La nueva ley 1/1994 sobre Sociedades de Garantía Recíproca”. Perspectivas del sistema financiero, 1994, páginas 7-34
2. Bercovitz, A, “El objeto social de las Sociedades de Garantía Recíproca”, Revista de Derecho Mercantil, julio-diciembre 1980.
3. Bercovitz, A, “Informe sobre las sociedades de garantía recíproca”, Madrid, 1983.
4. Bercovitz, A, “Las Sociedades de Garantía Recíproca”, en opiniones sobre la pequeña y mediana empresa”, Madrid, 1984.
5. 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.
6. Caballero Sánchez-Izquierdo, “Régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca”, Madrid, 1979.
7. Cesgar, “El Sistema español de SGR”, Madrid, 1995
8. Cesgar, “Informe Las Sociedades de Garantía Recíproca en 2000”, Madrid, 2001.
9. Cesgar, “Informe Las Sociedades de Garantía Recíproca en 2005”, Memoria CESGAR, 2005.
10. Charro Valls, José María, “Sociedades de garantía recíproca: Situación actual (Acta Salmanticensia), 1985.
11. 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.

12. 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
13. Embid , Irujo, “Tipos de socios en la sociedad de garantía recíproca”, CDC 34/2001, páginas 31-49
14. García Villaverde, RDM, pag 71-95 Las sociedades de garantía recíproca, en Revista de Derecho Mercantil Número 155, 1980, páginas 71-95.
15. 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.
16. 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.
17. 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.
18. Pombo González, P., “Las nuevas Sociedades de Garantía Recíproca”, Dirección y Progreso número 36, 1995, páginas 51-53.
19. Pombo González, P. “Las SGR: una experiencia de financiación de las pymes”, en Boletín Económico de Andalucía número 19,1995, páginas 285-302.
20. Ribó Durán, L. María, “Presente y futuro de las sociedades de garantía recíproca”, Barcelona,1986
21. Ribó Durán, L. María, “Las sociedades de garantía recíproca: Estructura y funcionamiento”, Barcelona, 1983.
22. Vicent Chulía, F. “Notas sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca”, en Panorama Bursátil 1979, páginas 13 y siguientes.