

INFORME EN DERECHO **EMPRESAS MÁSVIDA -PLAN MÉDICO SOCIO**

Se ha solicitado mi parecer acerca de cual es el instrumento jurídico adecuado para mantener el Plan Médico Socio (PMS) del que son beneficiarios los médicos accionistas de EMPRESAS MÁSVIDA (EM), ante el posible ingreso de socio estratégico al referido grupo de empresas, mediante el aumento de capital a través de la emisión de nuevas acciones de pago.

Se debe señalar expresamente que el presente documento tiene un objeto muy preciso, cuál es, que a partir del análisis de derecho sustantivo nos proponemos recomendar al consultante la herramienta más idónea a nuestro juicio, que permita la pervivencia del PMS, con independencia de las operaciones relativas al aumento de capital y al control futuro de EM. Por lo tanto, esta opinión no se relaciona en forma alguna con la factibilidad económica, financiera y jurídica, de alcanzar la operación proyectada entre holding y un posible socio estratégico.

Considerando lo que indica la comunicación contenida en la página *web*, *masvida.cl*, de 20 de octubre de 2016, en el sentido de que la mantención del PMS ocupa una de las principales preocupaciones en la operación, al señalar que: ***“Dentro de la propuesta de asociación vinculante se destaca la existencia y extensión del Plan Médico Socio, elemento angular en la constitución del Grupo de Empresas Masvida, conservando y ampliando las coberturas en salud y beneficios que tiene para los médicos socios y sus grupos familiares”***¹, nos proponemos analizar, calificar y proponer el instrumento que permita alcanzar el objetivo trazado, en orden a conservar el PMS para sus beneficiarios, con prescindencia de cualquier otra consideración relativa al aumento de capital y el potencial ingreso de un nuevo socio estratégico en EM.

a.- Antecedentes documentales

Este informe ha sido realizado en base a los siguientes documentos tenidos a la vista, que han sido proporcionados por los consultantes:

1. Borrador de Acuerdo sobre PMS;
2. Documento “Proceso negociaciones Socio Estratégico”;
3. Texto refundido estatutos sociales "EMPRESAS MASVIDA S.A.";
4. Informe de situación EM del abogado Sr. Marcelo Matus;
5. Presentación “Acuerdo Mantención Plan Médico Socio (PMS)”, septiembre de 2016.

b.- Marco normativo referencial

¹ <http://www.masvida.cl/centro-de-noticias/noticias/directorio-de-empresas-masvida/>

Las sociedades anónimas encuentran su regulación jurídico-normativa en el Derecho chileno en la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas (LSA). Importante nos parece destacar éste cuerpo legal, por cuanto en él se contienen las normas de orden público que rigen a este tipo societario y que constituye el marco normativo de referencia que le resulta aplicable. Esto debe entenderse sin perjuicio de la autonomía de la voluntad necesaria para formar esta persona jurídica y/o fijar las reglas de funcionamiento que puedan otorgarse los accionistas en los estatutos sociales, o eventualmente en pactos de accionistas que puedan celebrarse entre ellos.

Lo anterior reviste capital importancia, por cuanto es la propia LSA la que prescribe y determina que en Chile las S.A. se encuentran dotadas de una organización corporativa, esto es, que cuentan con una serie de estructuras orgánicas que resultan absolutamente necesarias para su funcionamiento y cumplimiento de los fines sociales que se hubieran propuesto.

Así, es como la LSA establece que la sociedad anónima cuenta con órganos de administración y control (directorio y gerentes), con órganos de deliberación (las juntas de accionistas ordinaria y extraordinaria de accionistas) y con órganos de fiscalización y control (auditores externos, inspectores de cuenta u otros que la propia sociedad determine).

Lo descrito resulta insoslayable en el análisis que podamos hacer a propósito de la consulta planteada, ya que será en el seno de uno de estos órganos, en concreto en la junta extraordinaria de accionistas, donde se debe decidir no sólo el aumento de capital que permita el ingreso del nuevo socio estratégico, sino que además será esta la instancia corporativa donde se debe decidir el mecanismo que permita asegurar de la mejor manera, y con absoluto respeto a la ley, los reglamentos y estatutos, la mantención del PMS.

c.- Análisis del caso

c1.- El acuerdo de mantención del PMS como forma de protección

Conforme lo ha establecido el avance de las negociaciones comunicado por EM, una de las alternativas exploradas para mantener el PMS es celebrar un acuerdo acerca de la mantención del PMS, en el cual se establezcan las condiciones de titularidad para acceder al referido plan, además de fijar ciertos parámetros económicos y de operatividad que permitan que permanezca este en el tiempo.

En tal sentido encontramos distintas disposiciones en el borrador de acuerdo tenido a la vista. Así por ejemplo: en su art. 1º indica que:

- ***“Es condición esencial para la permanencia de los Beneficiarios en los Planes Médicos Socios que el titular o su cónyuge mantengan la propiedad de al menos una acción de alguna de las sociedades***

propietarias de EM o MVC, sociedades que se individualizan en el Anexo 1 de este instrumento”;

El art. 2º, relativo a beneficios, en sus últimos incisos que señala:

- **“A partir del 31 de Junio de 2016 y salvo por el caso que se estipula en el párrafo siguiente, ni el Plan Médico Socio ni el Beneficio Especial Médico Socio ni los Beneficios Extracontractuales incorporarán nuevos médicos distintos de los indicados en el Anexo 3 del presente instrumento. Sin embargo, se deja expresa constancia que el Plan Médico Socio puede incluir como Beneficiarios en el futuro a nuevas cargas legales o cónyuges de los actuales Médicos Socios, los cuales también serán considerados para estos efectos dentro del concepto de “Beneficiarios”.**
- **En el evento que en el futuro un Médico Socio, o su sucesión en caso de fallecimiento de éste, y en la medida que ellos ya no participen del Plan Médico Socio, enajene a un médico no socio una acción emitida a esta fecha por alguna de las sociedades individualizadas en el Anexo 1, el médico adquirente, cumpliendo con los requisitos aplicables para que la Isapre pueda aceptarlo, podrá optar por ingresar al Plan Médico Socio que esté vigente a esa fecha. Lo anterior no obstante, no podrá bajo concepto alguno implicar que el número de Médicos Socios supere la cantidad de []2”;**

Y el Art. 6º, relativo a vigencia del convenio, que prescribe:

- **“El presente instrumento permanecerá vigente durante un período de 10 años a contar de esta fecha, el cual se renovará automáticamente por períodos iguales y sucesivos de 5 años cada uno; agregando el inc. final que:**
- **“Se deja constancia que la vigencia de este instrumento y las obligaciones asumidas por la Isapre lo serán con independencia de quienes sean accionistas de la misma, estando en consecuencia obligados a respetar los términos convenidos en este instrumento por toda la vigencia del mismo”,**

La adhesión del posible nuevo inversor a estas condiciones, las podemos calificar como un gravamen al que deberá someterse una vez que ingrese a la S.A, vía la adquisición de las acciones provenientes del aumento de capital.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario indicar que un instrumento de este tipo, implica para quien lo suscribe, aceptar a su respecto una obligación de no hacer. En el caso concreto sometido a nuestro conocimiento esto se traducirá en que el inversionista o quien controle la sociedad se obliga en virtud de este instrumento a no dejar sin efecto el PMS, siempre que se mantengan las condiciones descritas en el acuerdo.

No obstante la fuerza oblogatoria que emana de este pacto en virtud de la ley del contrato (art. 1545 del Código Civil, CC), un convenio de este tipo solamente obliga a las partes que lo hubieran celebrado, sin que pueda extenderse a terceros que no adhieran libremente a él.

Lo anterior, resulta de suma importancia en al análisis de la situación sometida a nuestro informe, por cuanto, para el hipotético caso que en el futuro se enajenen las acciones provenientes del aumento de capital por parte del nuevo inversionista o socio estratégico que ostente en su poder la mayoría del porcentaje accionario de la S.A, el tercero que las adquiera no se verá afectado por tales condiciones, a menos que adhiera a ellas en virtud de la convención, es decir, si no se somete a ellas, adquirirá las acciones libre de todo gravamen, como es por ejemplo obedecer el convenio que permite la mantención del PMS, sin que la sociedad pueda pronunciarse sobre la transferencia de acciones y estándó obligada a inscribir sin más trámite los traspasos que se le presenten, siempre que éstos se ajusten a las formalidades mínimas que precise el Reglamento de la LSA (art. 12 LSA en relación con los arts. 7 y sgts del RLSA).

Lo descrito no implica que la eventual celebración de un acuerdo por el cual un nuevo accionista controlador se comprometa bajo ciertas condiciones a la mantención del PMS, no lo obligue, al contrario, si lo hace, sólo que la fuerza obligatoria de ese pacto emana de su celebración y no podrá extenderse a terceros que no hubieren participado de él.

Esto es importante si lo analizamos desde el punto de vista de la acción que protege a este pacto, ya que contará como medio de protección con la acción resolutoria ordinaria que emana de él, y que la ley entiende incorporada en todo contrato bilateral en caso de no cumplirse por una de las partes lo pactado (art. 1489 del Código Civil,CC), pudiendo demandarse en virtud del art. 1555 CC, directamente la indemnización de perjuicios que se derive del incumplimiento por tratarse de una obligación de no hacer, en que no se puede deshacer lo hecho.

En el caso concreto sometido a nuestro conocimiento, infringir la obligación de hacer, será no respetar la mantención del PMS, sin que proceda acción alguna por este incumplimiento respecto de terceros, al no ser aplicables en la especie los art. 1490 y 1491.

A lo anterior debemos añadir otra observación que ya hemos enunciado en forma tangencial, cual es que en el **Borrador de Acuerdo para la Mantención del PMS** se consagra que la titularidad del plan depende de la calidad de accionista que ostente su beneficiario al indicar expresamente que:

- ***Es condición esencial para la permanencia de los Beneficiarios en los Planes Médicos Socios que el titular o su cónyuge mantengan la propiedad de al menos una acción de alguna de las sociedades propietarias de EM o MVC... (art. 2ª).***

Luego, tal como se indica, para ser titular del plan se requiere de cumplir la condición esencial de ser propietarios de al menos una acción de EM o MVC, sin que ello signifique vincular formal y estatutariamente el beneficio que implica el PMS al hecho de ser accionista de las referidas sociedades.

Es por lo anterior que preferiremos analizar el problema desde el derecho corporativo y sus normas, particularmente las que regulan el capital social y los órganos de una S.A., pues en efecto estimamos, que el mejor mecanismo de protección para la mantención del PMS encuentra respuesta en este ámbito normativo.

c.2.- Solución propia del derecho corporativo

Analizada la solución descrita en el apartado anterior, a nuestro juicio la respuesta a la pregunta acerca de cuál es el instrumento jurídico que permita de mejor manera la conservación del PMS, se encuentra dentro de los mecanismos de protección del capital social y en las reglas de funcionamiento contenidas en la LSA y en los propios estatutos sociales de EM.

Lo anterior lo concluimos de la propia LSA, que en su art. 20 señala expresamente que: “Las acciones pueden ser ordinarias o preferidas. Las preferencias deberán constar en los estatutos sociales y en los títulos de las acciones deberá hacerse referencia a ellas. No podrá estipularse preferencias sin precisar el plazo de su vigencia. Tampoco podrá estipularse preferencias que consistan en el otorgamiento de dividendos que no provengan de utilidades del ejercicio o de utilidades retenidas y de sus respectivas revalorizaciones. Los estatutos de las sociedades anónimas abiertas podrá contener preferencias que otorguen a una serie de acciones preeminencia en el control de la sociedad, por un plazo máximo de cinco años, pudiendo prorrogarse por acuerdo de la junta extraordinaria de accionistas.”

Las acciones preferentes, privilegiadas o preferidas otorgan derechos, ventajas o privilegios por sobre los que tienen las acciones ordinarias, de acuerdo con lo previsto en la normativa de sociedades anónimas.

El establecimiento de preferencias debe constar en los estatutos sociales, dando lugar a la existencia de “serie” o “series de acciones preferidas” y “serie” o “series de acciones ordinarias” (Ricardo Sandoval López, Derecho Comercial I, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 2015, pp. 513 y sgts), y podrán ser creadas en el momento fundacional de la S.A. o en un acto posterior mediante reforma de estatutos acordada en la referida Junta Accionistas convocada al efecto, por cuanto según indica la doctrina, no tienen valor las preferencias contenidas en pactos de accionistas, ni en acuerdos directos, y tampoco en materias de juntas ordinarias o de sesiones de directorio (Juan Esteban Puga Vial, La Sociedad Anónima, Tomo I, 2ª Ed. 2013, p. 210)

El contenido de las preferencias quedará entregado a la autonomía de la voluntad de los accionistas, en el sentido que serán ellos mismos los que determinarán, en el seno de la Junta General Extraordinaria de Accionistas, su creación y los motivos fundantes para crear estos privilegios.

Aunque tradicionalmente los privilegios se relacionan básicamente con las necesidades sociales, como por ejemplo, solucionar problemas económicos o financieros, o atraer el interés de inversionistas para financiar proyectos, nada impide que en el caso particular de EM, se determine la creación de una serie de acciones preferentes puede tenga por objeto un privilegio económico que presisamente la mantención del PMS.

Si se lograra tal acuerdo en la Junta General Extraordinaria de Accionistas, se cuenta con una ventaja estratégica ya que este es el mismo órgano que según la LSA y lo estatutos de EM debe decidir, y por el mismo *quorum* acerca del aumento de capital que permita la llegada del socio estratégico por vía del aumento de capital accionario.

Lo anterior como venimos diciendo, nos permitimos indicarlo por cuanto encuadra un fundamento legal y estatutario. En efecto, según prescribe el art. 67 inc. 1º LSA:

- *“Los acuerdos de la junta extraordinaria de accionistas que impliquen reforma de los estatutos sociales o el saneamiento de la nulidad de modificaciones de ellos causada por vicios formales, deberán ser adoptados con la mayoría que determinen los estatutos, la cual, en las sociedades cerradas, no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de las acciones emitidas con derecho a voto”;*

Además el mismo art. 67 en el nº14 inc. 2º, señala:

- *“Las reformas de estatutos que tengan por objeto la creación, modificación, prórroga o supresión de preferencias, deberán ser aprobadas con el voto conforme de las dos terceras partes de las acciones de la serie o series afectadas”.*

Importante resaltar como hemos dicho, que la creación de preferencias debe ser producto de un acuerdo estatutario al momento de constituir la S.A. o producto de una modificación de estos acordada en una Junta General Extraordinaria de Accionistas, que como podemos observar, requiere el voto conforme de las dos terceras partes de las acciones de la serie o series afectadas.

En el caso que ocupa nuestro análisis, la serie afectada es la serie ordinaria, es decir, la única serie de EM.

Lo anterior es posible conforme lo prescribe **el Texto Refundido de los Estatutos Sociales de EM**, en el Título Segundo, relativo a Capital y Acciones, en su Artículo Quinto:

- ***“El capital de la sociedad será la suma de doce mil quinientos trece millones setecientos treinta y tres mil trescientos setenta y ocho pesos dividido en trece mil seiscientos treinta y nueve acciones nominativas, de una sola serie, sin valor nominal.”***

Lo que se ve confirmado por lo señalado en el Título Décimo, relativo a las disposiciones transitorias, en concreto el Artículo Primero Transitorio, según el cual:

- ***“El capital social de dos mil setecientos setenta y tres millones seiscientos noventa y tres mil novecientos setenta y ocho pesos dividido en doce mil ciento treinta y nueve acciones nominativas, de una sola serie, sin valor nominal, se ha constituido mediante los acuerdos de formación de capital que constan en los siguientes instrumentos...;”***

Y por el artículo segundo transitorio que dispone:

- ***“En relación con el aumento de capital a dos mil setecientos setenta y tres millones seiscientos noventa y tres mil novecientos setenta y ocho pesos dividido en doce mil ciento treinta y nueve acciones nominativas sin valor nominal, todas de una misma serie, acordado en Junta Extraordinaria de Accionistas celebrada con fecha veintisiete de Abril de dos mil doce, se procederá en la forma siguiente...”;***

En el plan propuesto, la serie de acciones que se vería “afectada” por la creación de esta nueva serie de acciones preferentes, es la única serie existente hasta ahora en las EM, y que corresponde precisamente a las que ostentan a este momento los accionistas.

De esta forma entendemos se logra materializar el beneficio de ser titular del PMS, por cuanto ya no dependerá de un pacto entre partes, como sería la suscripción de un acuerdo en que se compromenta su mantención, sino que se incorporaría a los estatutos sociales, los que después de su modificación, aprobada por los 2/3 partes de los accionistas con derecho a voto de la Junta General Extraordinaria, reconocerían la existencia de una serie privilegiada de acciones, cuyo privilegio económico sería la titularidad del PMS.

Lo anterior resulta importante de destacar por cuanto de esta forma se alcanza además otro grado de protección que no posee en simple acuerdo de conservación del PMS, y es que serían los propios accionistas titulares de una serie acciones preferentes quienes eventualmente decidirían en el futuro la supresión o modificación de tal preferencia, con independencia de las demás series de acciones, e incluso, para el caso que operara un acuerdo en tal sentido, aquellos accionistas disidentes podrán ejercer el derecho a retiro del art. 69 LSA,

conforme al cual tendrían derecho a que la sociedad anónima les pagara el valor de libro de las acciones de las que fueran titulares para el caso que el referido acuerdo se verificara finalmente².

Lo descrito encuentra fundamento en los propios estatutos reformados de EM, que en su Artículo Vigésimo Sexto sancionan que:

- ***Son materia de Junta extraordinaria todas las señaladas en el Artículo cincuenta y siete de la Ley número dieciocho mil cuarenta y seis. Asimismo, las siguientes materias requerirán para su aprobación del voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto:***
- ***uno.- La disolución de la sociedad.***
- ***dos.- El cambio del domicilio social,***
- ***tres.- El aumento y/o disminución del capital social y las políticas de colocación de las acciones provenientes de un aumento de capital....***

² Debe considerarse que en virtud de lo previsto por el artículo 69, inciso 3º N° 5) de la LSA, la aprobación por la junta de accionistas de la creación de preferencias para una serie de acciones o el aumento o prórroga o la reducción de las existentes, concede al accionista disidente derecho a retirarse de la sociedad, previo pago por aquélla del valor de sus acciones. Se considera accionista disidente aquel que en la respectiva junta se hubiere opuesto al acuerdo que da derecho a retiro, o que no habiendo concurrido a la junta, manifieste su disidencia por escrito a la sociedad, dentro del plazo 30 días contado desde la fecha de la celebración de la junta de accionistas que adoptó el acuerdo que lo motiva, en la forma que determina el reglamento. El derecho de retiro solo comprende las acciones que el accionista disidente tenía inscritas a su nombre en el Registro de Accionistas de la sociedad, a la fecha que determina su derecho a participar en la junta que adoptó el acuerdo al que se opuso. El precio a pagar por la sociedad al accionista disidente que haga uso de su derecho de retiro, es en la S.A. cerrada el valor de libros de la acción, determinado en la forma que establece el artículo 130 del RSA, esto es, dividiendo el patrimonio por el número total de las acciones suscritas y pagadas de la sociedad. Otros detalles acerca del valor de libros de la acción se encuentran en el inciso 2º del precepto recién citado y en el artículo 131, del RSA. En los casos que se origine el derecho de retiro, es obligación de la sociedad informar a los accionistas sobre esta circunstancia, el valor por acción que se pagará a los accionistas que ejerciten este derecho y el plazo para hacerlo. Esta información debe entregarse a los accionistas en la misma junta en que se adopta el acuerdo que da origen a derecho de retiro, en forma previa a su votación, como también en una comunicación especial dirigida a los accionistas con derecho, dentro de los dos días siguientes a la fecha en que nazca el derecho de retiro. En las S.A., la información sobre el derecho de retiro se debe entregar por alguno de los medios indicados en el artículo 8º del RSA, al que ya hemos hecho referencia anteriormente, a propósito del aumento de capital. El derecho de retiro debe ejercitarse por el total de acciones que el accionista disidente tenga inscritas a su nombre a la fecha en que se determina el derecho a participar en la junta en que se adopta el acuerdo que motiva el retiro y que mantenga a la fecha en que comunique a la sociedad su intención de retirarse. El accionista disidente puede renunciar a hacer efectivo su derecho de retiro hasta antes que la sociedad le efectúe el pago de su acción o acciones.

El pago del precio de las acciones cuyos titulares ejercen el derecho de retiro por disidencia, debe efectuarse dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la publicación del acuerdo desaprobatorio pertinente. Si no se pagare dentro de dicho plazo, el precio de las acciones debe expresarse en unidades de fomento y devengará intereses corrientes para operaciones reajustables, a contar del vencimiento del término antes señalado.

Luego, y tal como enunciáramos, observamos que los accionistas cuentan con una oportunidad estratégica de aprovechar el mismo órgano que deberá pronunciarse sobre el aumento de capital, la Junta General Extraordinaria, para crear una serie preferente de acciones que tengan como privilegio económico la titularidad del PMS, con las ventajas de vincularlo como norma estatutaria.

d.- Conclusión

Atendido el análisis de la documentación presentada a este informante, relativa al proceso de negociación en que se encuencan EM, y la normativa legal y estatutaria que le resulta aplicable, se recomienda en el caso concreto sometido a nuestra calificación, la creación de una serie privilegiada de acciones, cuya preferencia consista en que esta serie tenga como privilegio económico la titularidad del PMS.

Para ello deberá contarse con el voto conforme de las 2/3 partes de todas las acciones emitidas, en Junta General Extraordinaria de Accionistas, mismo *quorum* requerido para aprobar el aumento de capital con que se pretende solucionar el ingreso de un nuevo socio estratégico.

Entendemos este es el instrumento técnico que permitirá a los accionistas vincular la condición de titular y beneficiario del PMS a la calidad de accionista de EM en forma estatutaria, y vinculante por tanto para todos los accionistas de la S.A., y para todos aquellos que vayan ingresando a esta en el futuro vía la adquisición de acciones

De esta forma la preferencia, y en concreto la calidad de beneficiario del PMS no se verá afectada por eventuales cambios en la composición accionaria del grupo, en la medida que la modificación o supresión de la preferencia no sea objeto de una reforma de estatutos, y aún para el caso que ello se acordare con el voto conforme de las 2/3 partes de los accionistas de esta serie, aquellos accionistas que manifestaren su disidencia con el acuerdo, podrán ejercer su derecho a retiro conforme a la ley.

Es todo cuanto me permito informar a este momento. Atentamente,

Maximiliano Escobar Saavedra
Doctor en Derecho
Profesor Derecho Comercial
Universidad de Concepción