

Alvaro Puelma Accorsi
CONTRATACION COMERCIAL MODERNA

En los últimos años, el desarrollo del comercio internacional ha originado, entre otros fenómenos, el empleo de nuevas formas contractuales provenientes de otros órdenes jurídicos. Las nuevas fórmulas de contratación en estas ocasiones, diversas de las conocidas en nuestro país, en gran medida, llevan envoltas incógnitas tanto en cuanto a su validez en este país, como en cuanto a la determinación de la forma concreta en que la institución ha sido adoptada en las prácticas chilenas. De ahí que es absolutamente necesario el estudio sistemático de estas nuevas materias.

El abogado Alvaro Puelma inicia con esta obra el estudio de la parte del amplio terreno de las innovaciones en la contratación comercial. Así, luego de tratar aspectos generales, estudia ciertos negocios que califica como preparatorios desde un punto de vista económico: el contrato de opción o promesa unilateral, el cierre de negocio, la comisión, el corretaje, la representación comercial, la agencia y concesión mercantil, el contrato de distribución, el franchising y una modalidad mercantil de apertura de crédito.

Los tres últimos capítulos están dedicados a algunos negocios de carácter definitivo, como el suministro, el leasing, los contratos de licencia y los contratos sobre know-how. También se incluyen notas explicativas sobre el trust, el contrato estimatorio, el underwriting, el factoring y el forfaiting.

Contratación comercial moderna constituye, sin duda, un importante aporte a la literatura jurídica chilena, que será de gran utilidad para todos los especialistas en esta rama del Derecho.



9 789561 009448
ISBN 956-10-0944-6

Editorial Jurídica de Chile

Alvaro
Puelma
Accorsi

CONTRATACION COMERCIAL MODERNA

Editorial Jurídica de Chile

documento en que se confunden cierre de negocio y promesa, que se inserta para su análisis crítico.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO III

SOBRE SITUACIONES AFINES AL CIERRE DE NEGOCIO

FUEYO LANERI, FERNANDO: *Derecho Civil*, tomo V, vol. II, N° 18, pág. 31. Imprenta y Litografía Universo, Santiago, 1964.

GHESTIN, JACQUES: *Traité de Droit Civil*. "Les Obligations", "Le Contract", Ed. L.G.S.J., París, 1980. Les accords en principe, N° 241, págs. 189 y siguientes.

MESSINEO, FRANCISCO: *Doctrina General del Contrato*, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1986. "El Contrato preliminar", Págs. 253 y siguientes.

CAPÍTULO IV LA COMISION

29. *Materia a tratar*

No pretendemos estudiar en detalle el frondoso articulado sobre la comisión, contenida en los arts. 238 a 324 del Código de Comercio.

Obramos así porque gran parte de tan nutrida reglamentación contiene, más que normas jurídicas, reglas o consejos de prudencia o buen sentido comercial. Además, muchas de ellas han quedado obsoletas. En efecto, el origen de las normas sobre comisión de nuestro Código de Comercio se encuentra en el Código de Comercio español. Dicho Código y el nuestro, en cuanto reproduce su normativa, pretendieron consagrar en su articulado, en muchos casos, costumbres y situaciones que las prácticas chilenas no han conocido, ni conocerán, pues se trata de costumbres de los siglos XVIII y XIX, ya en desuso.

Sostenemos, por los fundamentos anteriores, que no es útil, ni teórica ni prácticamente, estudiar en forma pormenorizada el articulado íntegro sobre la comisión contenida en el Código de Comercio.

Sobre la comisión examinaremos los grandes principios que la inspiran, lo que haremos al analizar su concepto y las diferencias básicas que presenta respecto del mandato civil.

La materia central de este capítulo se referirá a los negocios o actos complejos que han generado las prácticas modernas, aprovechando de alguna manera la comisión mercantil.

30. *Concepto*

De acuerdo con lo prescrito en los arts. 233, 235 y 239 del Código de Comercio, la comisión mercantil es un contrato por el cual una

persona llamada comitente encarga la ejecución de una o más operaciones mercantiles lícitas, individualmente determinadas, a otra persona llamada comisionista, que se obliga a cumplir el encargo por una retribución.

La comisión es, entonces, una especie de mandato, regido supletoriamente por las reglas civiles de tal tipo de contrato. Es propio de la comisión, como un tipo de mandato, que su objeto deba versar sobre el encargo de una gestión de negocios y que esta gestión deba realizarla el mandatario por cuenta y riesgo del mandante y en su beneficio. La comisión, como una especie de mandato, debe cumplir con los requisitos esenciales de todo poder, que hemos examinado, pero ella debe consistir precisamente en la realización de operaciones mercantiles determinadas.

31. Diferencias con el mandato civil

La comisión mercantil presenta importantes características diferenciales con el mandato civil, derivadas del motivo por el cual las partes lo celebran. En efecto, el mandato civil normalmente es un contrato que se celebra en beneficio exclusivo del mandante. Es por ello que el mandatario es considerado por el Código Civil como una persona de buena voluntad que ejecuta un encargo por cuenta y riesgo del mandante, no teniendo, ni debiendo tener, interés en los negocios encomendados. Por el contrario, la comisión es un negocio que interesa a ambas partes. El comitente pretende realizar una operación mercantil, que le importará provecho; y el comisionista, por su lado, está interesado también en la realización de ella, para ganar la retribución convenida o usual, llamada también "comisión". Esta retribución normalmente se pacta en un porcentaje o tanto por ciento calculado sobre la cuantía del negocio a realizarse. Además, es corriente que el comisionista anticipe al comitente todos o parte de los resultados del encargo, lo cual refuerza el interés de ambas partes en la ejecución y en el éxito comercial del negocio encomendado.

De lo expuesto pueden deducirse otros puntos de comparación entre la comisión y el mandato civil, a saber:

a) El carácter siempre remunerado de la comisión, que reconocen los arts. 239 y 275 del Código de Comercio, frente a la gratuidad natural del mandato civil. La remuneración de la comisión, la ley señala que es la convenida o la usual. El tribunal, en caso que le corresponda fijar la remuneración usual, debe determinarla en una

cuota o tanto por ciento calculado sobre el valor de la operación, incluidos gastos.

b) El mandato es un contrato de confianza, *intuitu personae*, que expira si fallece cualquiera de las partes. La comisión no expira por la muerte de alguna de las partes si el negocio sobre el cual ella versa puede, no obstante, realizarse. Por esta razón, la muerte del comitente no pone fin a la comisión. Tal circunstancia no obsta a la ejecución del negocio encomendado, que debe realizarlo personalmente el comisionista. Ello lo reconoce el art. 240 del Código de Comercio. Por la misma razón, la muerte del comisionista pone término al contrato, pues personalmente debe realizar el negocio previsto, tal como lo prescribe el art. 261 de dicho Código. Sin embargo, la sucesión del comisionista puede delegar el encargo, de acuerdo a lo prescrito en el art. 264 del Código citado: si hubiere peligro de perjuicios en la demora para designar un nuevo comisionista por el comitente.

c) El comitente no puede revocar a su mero arbitrio la comisión, como lo señala el art. 241 del Código de Comercio. Ello importa que la ley impone al comitente la carga consistente en que para revocar la comisión debe invocar causa legal, la cual normalmente consistirá en casos de incumplimiento de obligaciones por parte del comisionista. Sin embargo, se acepta que la revocación arbitraria de la comisión ponga fin al contrato, pero en tal caso el comitente debe resarcir de los perjuicios causados al comisionista, los que consistirán al menos en pagarle la retribución pertinente. Ello lo confirma lo dispuesto en el art. 277 del Código de Comercio, al prescribir que aun en el caso de revocación fundada efectuada antes de terminar el encargo, conserva el comisionista su derecho al pago de remuneración por la parte ejecutada.

d) La comisión no debe renunciarse por la mera voluntad del comisionista, como lo señala el art. 245 del Código de Comercio. Está facultado el comisionista para renunciar a su cargo, entre otros, en los casos previstos en los arts. 272 y 273 del mismo cuerpo legal; y, en general, en caso de incumplimiento de obligaciones por parte del comitente. Sin embargo, aun tratándose de renuncia basado en causa legal, ésta no pone término a la comisión, toda vez que por ella se cause un perjuicio irreparable al comitente, sea porque no puede proveer por sí mismo a las necesidades del negocio cometido, sea por la dificultad en sustituir al comisionista, como lo indica el art. 242 del Código de Comercio. Si renuncia el comisionista, fuera de los casos autorizados por la ley y el

contrato, genera responsabilidades por los perjuicios que ella cause en favor del comitente.

e) El comisionista sólo puede delegar sus funciones en un tercero si está autorizado para ello por el comitente. Se entiende existir tal autorización, que el Código llama autorización implícita, cuando el comisionista estuviere impedido para obrar y hubiere peligro de daño a los intereses del comitente por la demora en designar un nuevo comisionista. La delegación autorizada, explícita o implícita, puede ser de dos clases. Si se hace a nombre del comitente, opera una verdadera sustitución que libera al primitivo comisionista, que es reemplazado por el nuevo. Existe también otra posibilidad, una delegación propiamente tal, que deja vinculado al comitente con el comisionista y en que sólo este último tenga acción contra su delegado. Ello ocurre si la delegación se hace a nombre del comisionista. Estas normas están establecidas en los arts. 261 a 267 del Código de Comercio.

32. Actuación del comisionista a su propio nombre

Tanto el Código Civil, en su art. 2151, como el Código de Comercio, en los arts. 254 y 259, permiten que el mandatario, especialmente aquel que reviste el carácter de comisionista, actúe frente a terceros a nombre propio y no en el del comitente o mandante. Por ejemplo, en una comisión para vender, que el comisionista venda a su nombre y con sus propias facturas las cosas que le ha encargado el mandante. En doctrina, esta situación se denomina mandato sin representación. En las relaciones contractuales con terceros sólo queda obligado el comisionista, en quien, exclusivamente, se radican todos los derechos derivados del contrato en relación con la contraparte. Al comitente sólo le competen derechos contra el comisionista derivados del mandato, que le permiten obligar a éste a rendirle cuenta de la gestión y hacer suyas las resultas del negocio. En relación con el acto o contrato constitutivos del negocio encomendado, el comitente tiene el derecho a exigir que el comisionista le ceda los derechos y acciones que éste tenga contra su contraparte, derivados de dicho acto; pero salvo novación, que requiere, conforme a las reglas generales, acuerdo del tercer contratante, no puede sustituir al comisionista como contratante. Tanto es así, que el art. 258 del Código de Comercio pena severamente al comitente que declara que el negocio le pertenece y que toma a su cargo su cumplimiento, pues la ley, en vez de aceptar la sustitución del comisionista por el comitente que este último exige, lo

transforma en fiador del comisionista y sólo éste conserva en su patrimonio los derechos y obligaciones derivados del contrato. Es necesario para que se puedan radicar en el comitente los derechos del comisionista que actuó a nombre propio en contra del tercero, que el comisionista le efectúe cesión de derechos en regla.

Los arts. 22 y 73 del Reglamento del Decreto Ley 825, publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1977, tratan del tema en sus aspectos tributarios, señalando que el sujeto del tributo del IVA por la venta lo es el mandante, y el mandatario está obligado normalmente a enviarle una liquidación, que debe cumplir ciertos requisitos y que le sirve al mandante para hacer su propia declaración de impuestos. El comisionista emite la factura, pero ella se estima del comitente para los efectos legales del caso.

33. Comisión unida a depósito. Consignación

Es muy corriente que al encargarse la venta de una cosa a un comisionista, ésta le sea entregada para su exhibición en sus locales o establecimientos. Esta operación se denomina en el lenguaje comercial entrega o venta en consignación. Podría suponerse, a primera vista en este negocio, que además de la comisión para vender propiamente tal, se celebra entre las partes un contrato de depósito, el cual generaría la obligación de custodia de la cosa por mientras ella se encuentra en poder del comisionista. Sin embargo, las disposiciones del Código de Comercio establecen otra norma. En efecto, por el solo mérito de la comisión aceptada por el comisionista, le impone a éste las obligaciones de custodia y conservación de las cosas entregadas, no pudiendo, por ende, cobrar un plus adicional de remuneración por dichas labores. Así se desprende de lo prescrito en los arts. 246, 248, 249, 302, 313 y 314 del Código de Comercio. Además, y especialmente en cuanto a la posibilidad de un doble cobro como comisionista y como depositario, es decidor lo que dispone el art. 278 del mismo Código. Este precepto establece el pago de una sola prestación y prohíbe al comisionista percibir lucro alguno proveniente de la negociación que se le hubiere encomendado, aparte de su salario o retribución. Lo anterior no es óbice para que el comisionista se resarza de los gastos de custodia y conservación de la cosa materia del encargo, acorde con lo que disponen los arts. 274 y 284 del Código de Comercio y el N° 2° del art. 2158 del Código Civil. Sin embargo, dentro de estas expensas no procedería aquello de almacenaje en establecimientos propios del comisionista, salvo pacto en contrario.

34. *Comisión unida a corretaje*

Es corriente que una misma persona sea comisionista de otra en la realización de un negocio y además opere como corredor, ya sea por cuenta de la misma parte o de la otra. Ello puede ocurrir cuando un cliente, aparte de otorgar una comisión a una persona, le encarga ofrecer la cosa en Bolsas, mercados o ferias o efectuar otros tipos de mediación asalariada. También puede ocurrir que el comisionista reciba de su clientela ofertas de negocios por la vía de la correduría, que pueden ser satisfechas con las mercaderías cuya comisión de venta le han encargado. Además de las gestiones propias de la comisión de comprar o vender mercaderías, se le pueden encargar al comisionista labores de intermediación, como podrían ser, fuera de las señaladas, las de obtener ofertas en varios mercados, sean internos o externos, u organizar licitaciones, sea por el propio comitente o terceros.

El Código de Comercio reconoce en forma expresa esta posibilidad en sus arts. 75 y 76. Estos artículos le permiten al corredor que es a su vez comisionista ejercer por su mandante todos los derechos emanados del contrato y aun recibir el precio.

Es legítimamente posible pactar una operación o negocio complejo y coligado en que comisión y corretaje formen una unidad, especialmente para los efectos de su cumplimiento y también con una única remuneración para el intermediario. Asimismo es lícito que las partes pacten dos contratos independientes y no coligados, el de comisión y el de corretaje, con diversas remuneraciones, coincidiendo en la misma persona las calidades de comisionista y corredor. Evidentemente en este caso regirá la limitación relativa al mandato, derivada de aquel principio que prescribe que la representación termina cuando existen intereses contrapuestos. Lo anterior importa que una misma persona no puede, sin el consentimiento unánime, ser comisionista de las dos partes que intervienen en el negocio, pero ello no es obstáculo para que pueda celebrar con ambas partes distintos contratos de corretaje o mediación, lo que por lo demás es usual. En la última situación descrita no existen intereses contrapuestos, sino coincidentes, pues el corretaje de por sí no genera efectos de representación como el mandato, según lo veremos al estudiar más adelante la mediación.

Por último, podemos acotar que en ciertos casos, entre ellos en los corredores de bolsa, la ley exige que el corredor sea además comisionista de la persona que le encarga transar efectos en la Bolsa de Valores.

35. *La comisión y la agencia, representación y distribución*

La comisión tiene relaciones con la agencia, representación o distribución. Sin embargo, resulta difícil tratar el tópico sin antes haber estudiado el negocio a comparar y relacionarlo con la comisión. Por ende, postergamos este tema para tratarlo cuando estudiemos la agencia, representación y distribución.

36. *Comisión, contrato de trabajo y arrendamiento de servicios*

Suele ocurrir que una persona que mantiene con una empresa vínculos laborales o de arrendamiento de servicios, con ella celebre adicionalmente un contrato de comisión, en virtud del cual se le encarga vender mercaderías del giro del principal y que le otorga derecho a recibir por tal labor un porcentaje de los negocios realizados por su intermedio.

En teoría es posible concluir que no hay inconveniente legal en que un empleado o una persona que arrienda sus servicios mantenga otros vínculos jurídicos con la persona para la cual trabaja, entre ellos la comisión comercial. Sin embargo, en la práctica el asunto no es tan sencillo.

Es sabido que la retribución por el ejercicio de las labores del comisionista importa el pago de un servicio comercial y por tal causa está afecto al impuesto a las ventas y servicios (IVA) contemplado en el Decreto Ley 825, del año 1974. En este tipo de estipendio, además, no procede la retención por cargas previsionales que pueden afectar a los sueldos. Tampoco proceden respecto a ella las retenciones tributarias sobre honorarios y que en ciertos casos afectan a los sueldos. Este diverso tratamiento ha originado, en algunas ocasiones, que reales remuneraciones laborales se traten de encubrir como estipendios comerciales derivados de una comisión o de un mandato mercantil.

Cabe hacer notar que una forma de remunerar servicios, sean laborales o no, es la de pagar el equivalente a un porcentaje sobre las ventas que el asalariado efectúe; y con dinero equivalente a un porcentaje de las ventas que efectúe se paga al comisionista.

En relación con el problema planteado, pensamos que corresponde aplicar las normas de la teoría de la simulación. De acuerdo con ellas, si puede establecerse que lo pagado aparentemente a título de remuneración por un mandato mercantil es en realidad retribución de servicios laborales, no hay realmente un vínculo de

comisión entre las partes, pues él cae por simulación relativa, apareciendo la relación jurídica real, el contrato de trabajo; todo ello sin perjuicio de los aspectos penales involucrados, ya que puede haber simulación ilícita.

37. Comisión encubierta en compraventa

Bajo este título pretendemos analizar el problema que se ha presentado en los últimos años en el comercio frutero de exportación. Este se realiza entre productores y firmas intermediarias que se acostumbra llamar "trading", que es la designación que emplearemos en este número, y que proviene del término inglés *trade*, que significa comercio.

La exportación de fruta generalmente no se efectúa mediante una compraventa internacional, en que el comprador es el importador y el exportador es el vendedor, sino que el consumidor extranjero la adquiere en establecimientos comerciales de su país. Estos establecimientos a su vez la han comprado en mercados de frutas y/o por intermedio de corredores. O sea, la fruta chilena se exporta sin tener asegurado comprador y un retorno determinado de divisas; y sin que se abra en favor del exportador un crédito documentario que caucione el pago: La fruta sale del país para ser vendida; el exportador corre el riesgo de variación de precios y aquel derivado de controles de calidad. Por ello, tradicionalmente, las modalidades comerciales de operación, en materia de exportación de la fruta, fundamentalmente son dos, según quien corra el riesgo comercial de la operación. Por un lado, se emplea la compraventa, con un precio fijo que paga en Chile la "trading" al productor. La "trading" hace la exportación y las resultas de ganancias y pérdidas de ésta son de su beneficio y riesgo. La otra modalidad consiste en que se entrega la fruta a la "trading" a título de mandato por el productor. Esta operación es habitualmente denominada "venta en libre consignación" o simplemente "consignación", en que la "trading" efectúa la exportación por cuenta del productor, recayendo el riesgo de las resultas de la exportación en el comitente y ganando a todo evento el comisionista una retribución o comisión, correspondiente a un porcentaje sobre el valor de venta.

Diversas características del mercado financiero y de las franquicias que favorecen a la exportación hicieron poco conveniente para las tradings operar con los productores mediante comisión o mandato. En efecto, los créditos para la exportación de pre y post-embarque, refinanciados por el Banco Central, se otorgan a los "exportadores", que son los vendedores al exterior. Las franquicias a

la exportación, de devolución de impuesto IVA e incentivo a las exportaciones no tradicionales también favorecen a éstos. Las "tradings" actuaban como comisionistas a nombre propio del productor; y, además, recurrían a los créditos de pre y post-embarque y a las franquicias a la exportación. Por ello se encontraban en una situación delicada, pues siendo la "trading" mandataria, aunque actúe a nombre propio, es discutible que tenga derecho a las franquicias relacionadas que se otorgan al "exportador", que lo sería realmente el mandante o productor.

Por los motivos antes señalados, en reemplazo del contrato de mandato o libre consignación, se empezó a usar en la práctica, y actualmente es de uso corriente, un contrato denominado de compraventa. El precio de este contrato comprende dos ítem: un precio fijo por unidad, muy bajo, más un sobreprecio o precio determinable. Este precio determinable es el que arroje la colocación de la fruta que efectúe la "trading" en el exterior y que se reflejan en una liquidación de exportación. Al bruto recibido se restan los gastos, aun aquellos posteriores al contrato de venta, y un porcentaje equivalente al monto a la comisión o remuneración de la "trading". ¿Es en realidad este contrato una venta? ¿Es válido? Examinaremos el punto en el número siguiente, al estudiar los problemas jurídicos que presentan las distintas formas de comisión.

38. Problemas jurídicos

Analizaremos a continuación dos problemas jurídicos que originan los nuevos usos del tradicional contrato de comisión mercantil, a saber:

a) Unidad negocial. En las prácticas comerciales y de acuerdo a las tendencias modernas, cuando las partes celebran varios actos o contratos, pretendiendo realizar con ello una sola operación comercial, se estima que existe un solo negocio jurídico, como se explica en el N° 1 de esta obra. Cabe resaltar que el Código de Comercio reconoce esta tendencia cuando se celebra comisión mercantil conjuntamente con depósito y/o corretaje, como lo hemos explicado en los N°s 33 y 34 que anteceden; en que considera celebrado un solo contrato, el de comisión.

b) Caso de la comisión encubierta en compraventa. No se trata de un problema de validez, pues tanto la compraventa como la comisión son contratos legítimos, sino de calificación de la naturaleza jurídica del contrato. Nos parece que si el precio mínimo

que se pacta en un caso determinado no reúne las condiciones de bilateralidad, comutatividad, seriedad y realidad que la ley exige para que el acto como compraventa sea válido, y además, en el contrato, las obligaciones naturalmente propias del comprador relativas al riesgo de la cosa vendida y al pago de los gastos de conservación, se traspasan al vendedor, podría el contrato calificarse de mera comisión, encubierta o simulada en una compraventa.

39. Formularios

Incluimos, como anexos 5 y 6, un formulario de comisión simple y también otro de un contrato de venta con precio determinable, para poder analizar con un ejemplo el tema que hemos denominado comisión encubierta en compraventa.

BIBLIOGRAFIA DEL CAPITULO IV

SOBRE COMISION

- DELAMARRE et LE POITVEN: *Du Contract de Commission*, dos tomos, Ed. Charles Hingray, París, 1861.
- PALMA, GABRIEL: *Derecho Comercial*, tomo II, págs. 32 y siguientes. Ed. Nascimento, Santiago, 1940.
- POTHIER, JOSEPH: *Traité du Contract de Mandat*, Ed. Pichon Becket, París, 1827.
- STITCHKIN BRANOVER, DAVID: *El Mandato Civil*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1975.
- TROPLONG: *Commentaire du Mandat*, Ed. Méline, Cans et Cie., Bruselas, 1847.

CAPÍTULO V

CORRETAJE O MEDIACION

40. Reglamentación legal

El Código de Comercio no reglamenta en forma directa el contrato de corretaje o mediación. En sus arts. 48 a 80 trata de los corredores públicos. Sin embargo, su art. 80 permite ejercer la correduría a cualquier persona que cumpla los requerimientos que establece el art. 55 del mismo Código, aunque no tenga el carácter de corredor público. Los requisitos del art. 55 citado son mínimos. En la actualidad se traducen en que puede ejercer la correduría toda persona mayor de edad que no ha sido condenada por delito que merezca pena aflictiva. En Chile no existen los corredores públicos de que trata el Código, pues la mediación puede ejercerse por corredores privados sin las trabas legales que establece el Código para el corredor público. Ello se comprueba pues transcurridos más de 100 años no ha habido interesados en optar al cargo de corredor público de comercio.

Además, lo comentado en términos generales, ha generado la inoperancia de la mayor parte de las normas sobre corredores públicos del Código, entre ellas el Reglamento de 1° de septiembre de 1866, que sólo se pueden aplicar a dichos inexistentes corredores.

Se ha reglamentado especialmente a los corredores de bolsa y también a los corredores de seguros, antes llamados "productores de seguros". (Sobre corredores de bolsa, ver Ley 18.045, sobre Mercado de Valores, Título VII, arts. 38 a 51; y en relación con corredores de seguros, arts. 57 a 64 del D.F.L. 251, del año 1931, sobre Compañías de Seguros, modificado por la Ley 18.814, del año 1989.)

Por largo tiempo rigió el Reglamento de Corredores de Propiedades creado por decreto del Ministerio de Economía publicado en el Diario Oficial de 9 de noviembre de 1944, que obligaba a la