

## Introducción al curso.

El derecho civil es distinto al derecho comercial. El primero, es derecho común, en cambio el derecho comercial es derecho especial (es una rama espacial del derecho). Esto tiene que ver con un fenómeno internacional transversal, que se funda en el desarrollo histórico del comercio: los comerciantes, aprovechando su posición privilegiada, imponen un estatuto que los protegiera.

**El derecho comercial llega a ser una rama especial del derecho debido al desarrollo histórico del comercio.** Un ejemplo que evoca a la época de desarrollo del derecho comercial moderno a partir de la Baja Edad Media, es el *negocio en base al azafrán*, en el cual uno puede observar los criterios que rigen la actividad de la época, como la *escasez*, el *volumen* de los bienes comerciados, la *mano de obra* que interviene, las *tierras* que se necesitan para el desarrollo de la actividad, la forma en la que se lleva a cabo el *trueque*, y los mecanismos de *transporte* involucrados. Todo el desarrollo del borde costero del Mar Mediterráneo está vinculado al desarrollo del comercio en ese sector, y a la consecuente industrialización del mismo.

Hacia el 1.200 antes de Cristo existieron los **fenicios**, quienes fueron un ejemplo de pueblo mercantil, que se desarrolló enfrentando adversidades políticas y geográficas; en general, históricamente el desarrollo mercantil se dio en pueblos que enfrentaron diversas restricciones, por lo que el emprendimiento cobraba más relevancia. Los fenicios no solamente eran comerciantes sino que además eran capaces de tener representaciones culturales y artísticas de lo mismo que estaban desarrollando. Los fenicios conquistaron muchas colonias, desarrollando el comercio por necesidad.

Otro ejemplo de desarrollo histórico del derecho mercantil, es la **ruta de la seda**, que es básicamente un camino que une el desarrollado mundo occidental con el extremo oriental para sacar los productos originalmente mongoles. La ruta de la seda es un ícono del desarrollo del comercio, básicamente lo que se abre es una carretera de intercambio de productos y es básicamente lo que pasa con un mall.

**Venecia** fue uno de los grandes precursores del Derecho Comercial, y los venecianos se asentaron ante la adversidad- al igual que los fenicios-, en una ciudad que se estructura sobre pantanos con agua. Cuando cae el imperio romano, muchos de los romanos que vivían en la urbe y que no quisieron ser dominados por los reyes bárbaros, se auto exilian y se van a la zona de Venecia o de Rabena; en aproximadamente 17 siglos armaron esta ciudad y Venecia se hizo dueña de una parte importante del comercio de la época.

Venecia le entrega al mundo: la famosa galera veneciana, el *mercato di Rialto* (el primer puente que une las dos zonas venecianas más extremas del canal), desarrollan monedas, desarrollan el sistema del cristal, etc. Otro de los pueblos que manejaron el comercio son los **catalanes**, aquí tienen la “Fiesta Major del Raval”, esto es el Palacio de Mallorca, tenían asociaciones de comerciantes.

Esto es más o menos lo que pasa en Europa antes de que aparezca la **empresa americana**. Siglos más adelante, cuando Venecia ya tenía desarrollo y una serie de pueblos que habían alcanzado un desarrollo importante, se produce la empresa americana. La conquista americana fue producto del dinero y no por la política; los reyes católicos quisieron financiar a Colón porque querían desarrollar el comercio, les interesaba llegar a los productos comerciales.

Ahora, el derecho comercial es mucho más medieval que antiguo. De hecho, los romanos no tienen desarrollo comercial marítimo, pues su comercio era más bien un monopolio del Estado, que consistía en asignaciones y concesiones estatales. Pero no hay iniciativa privada comercial (lo que parece lógico cuando se observa que los romanos privilegiaban la guerra). De todos modos, tenían unas pocas reglas de derecho mercantil, pero principalmente eran reglas administrativas.

**Con el florecimiento del comercio en la Edad Media, se hizo evidente la falta de regulación jurídica,** por lo que se desarrollan nuevas reglas en función de las nuevas exigencias que impone el conocimiento de las ciudades, las distancias, el capital, etc.

### **1. Las ciudades, su crecimiento, su provisión.**

El crecimiento de los centros urbanos, su creciente densidad y la mayor necesidad de conectarlos, genera la necesidad de crear regulaciones que hicieran posible el desarrollo económico. El derecho comercial va a regular la actividad mercantil allí desarrollada, y su relación con los sectores agrícolas y manufactureros.

### **2. Capital, crédito.**

*El crédito facilita el comercio,* generando confianza en las operaciones de crédito de dinero (que no son instantáneas) y fomentando la circulación del dinero. El tratado de compraventa internacional, de hecho, es posible sobre la base del crédito.

En el derecho comercial se verá el desarrollo y análisis del **riesgo de crédito**. Siguiendo con esta línea, el crédito supone a la obligación con una particularidad, la prestación no es cumplida en el acto, de esta forma, el crédito (préstamo de dinero) cuando lo vemos desde la perspectiva mercantil es una obligación diferida. Y esto nos lleva a la temática del crédito, donde estresamos la cuestión relativa a la prenda general.

La regla es que para poner un capital dentro de un mercado de valores se debe cumplir con la normativa de información, y si es que se cumple, se podrá acceder a esta red de prestamistas porque es necesario que estos acreedores sepan su patrimonio. En materia de contratación directa es lo mismo, sin un ente regulador que dirima lo que cada uno debe tener. El estado de situación no es sino entonces, una equiparación de información entre el acreedor y deudor, por lo tanto, parte relevante del negocio del crédito es el equilibrio de información entre el deudor y el acreedor y a partir de allí, se crean las otras seguridades del crédito, que lo que hacen es agregar seguridades al acreedor y dentro de eso vamos a encontrar el mundo de la equiparación de información.

Estas otras seguridades del crédito, los norteamericanos la han denominado como “*covenants*”. Como pueden ver el crédito será un concepto relevante del derecho mercantil y en el curso de estos meses.

## **3. Riesgo (su apreciación distinta al derecho común)**

### *3.1 Desde la perspectiva de la cadena de pagos*

El riesgo se puede analizar desde la siguiente perspectiva: en las **causas del daño** hay dos extremos; uno donde se encuentra el caso fortuito y en el otro extremo se encuentra la imputabilidad. Digamos que la autoimputación también se encuentra por ahí. Atrás de esto, se tiene que hablar del riesgo y hay un concepto de Derecho Privado que se confunde con el riesgo que es la responsabilidad.

Cuando uno lee en materia de Derecho Civil otras cuñas para efectos de la producción del daño, nos encontramos con la **teoría de la imprevisión** y también la **ausencia de culpa**. Cuando las partes tienen relaciones jurídicas con una onerosidad excesiva y sobreviniente, la teoría de la imprevisión permite igualar la cantidad de las partes. Entonces cuando hablamos de la teoría de la imprevisión hablamos de un elemento de riesgo. Por otro lado, la ausencia de culpa es un elemento de riesgo. Finalmente, el **caso fortuito** se va a distinguir de la responsabilidad porque esta última está en el mundo de la imputabilidad, en cambio, el caso fortuito está en el mundo de los riesgos. Por lo tanto, la responsabilidad se puede definir como la situación jurídica que se encuentra una persona que se puede ver obligado a reparar el daño que se le ha hecho otra persona. El riesgo por el contrario, ya no existe un elemento de imputabilidad sino que ese riesgo se va ocupar independientemente de la situación de riesgo (no es un antecedente de la obligación).

La teoría de los riesgos es una situación jurídica que lo que intenta es determinar quién sufre un daño y la teoría de la responsabilidad busca determinar cuándo un tercero ha dañado mi propiedad que se refiere a la imputabilidad. En ese sentido, la teoría de los riesgos tiene el principio general que la cosa perece para su dueño. En principio, en la obligación de la compra venta sabemos que la entrega constituye modo, por lo tanto, técnicamente si la cosa perece en manos del vendedor, se sostiene que por el sólo hecho de perecer la cosa, no me he hecho dueño. Por ende, la cosa no perece para su dueño.

En materia mercantil, los comerciantes siguen pensando en la teoría de los riesgos que existe en materia civil. Por lo tanto, podemos entender que las bases de contratación entre el derecho comercial y el derecho civil son similares. No obstante, se podría decir que la teoría de los riesgos del comerciante es una teoría de los riesgos mucho más amplia. En este punto, hay una relación con la **cadena de pagos** que consiste en una relación entre distintos componentes que forman la cadena de pagos y que esbozan la cadena comercial. Cuando alguien que no paga dentro de cadena de pagos, es un problema de pagos que ya no sólo tiene que ver con un problema contractual sino que tiene que ver con el negocio concatenado; y por lo tanto, un virus que entra en un negocio concatenado los contamina a todos. Por lo tanto, **el riesgo comercial va mucho más allá del riesgo contractual sino que es un riesgo empresarial**.

Y por eso el legislador crea este concepto que es la “quiebra” y al patrimonio que se encuentra en quiebra dentro de la cadena de pagos va a tener una regulación especial. Esto que estoy anunciando, ya existe en el Derecho Civil a propósito de un modo de extinguir las obligaciones que es la cesión de bienes, el problema es que existe ingenuamente y muchas veces existe sin aplicación. En ese sentido, la “cesión de bienes” es la quiebra dentro del Derecho Civil.

Por la misma razón de este riesgo empresarial, tenemos también los eventos de limitación de responsabilidad (efecto propio del derecho mercantil) que es un concepto histórico que se inventa por los juristas con el propósito de incentivar el desarrollo mercantil (ejemplos de limitación en materia civil es el beneficio del inventario, y en materia contractual lo otro son las cláusulas limitativas de responsabilidad).

### 3.2 Desde la perspectiva del emprendimiento

Hasta el siglo XVI había una latencia de relaciones comerciales pero lo que no había era un riesgo o capital propio. En el siglo XVI los señores que salen a la calle lo hacen sin licencia, sin permiso, sin una concesión, su objetivo estaba en el incremento de su patrimonio personal y eso es lo que genera la fineza del Derecho Comercial. Por lo tanto, el comerciante que va y trata de alojar en cualquiera posada del camino, ese comerciante cuando llega a ese lugar, lo que hace es contratar una casa, celebra un contrato que no era típico y dan origen a una relación contractual que antes no existía. En ese sentido, se crea el contrato de hospedaje que consistía básicamente en que el hospedador le daba comida a sus animales y cama a este comerciante, y el comerciante le daba plata de vuelta. Este comerciante después de haber dormido y se da cuenta que ese animal había desaparecido, nos damos cuenta que tenemos que desarrollar más derecho mercantil. En ese contexto, se regula la fineza de la responsabilidad, hasta dónde empieza la responsabilidad del anfitrión y del huésped.

Y se comienza a desarrollar el derecho mercantil a propósito de estas relaciones mercantiles. ¿Qué sabe la autoridad de lo que estaba ocurriendo allá afuera? Poco y nada porque no tienen gente ni tiempo disponible para que ese derecho comercial comience a codificarse.

La mecánica de la limitación de responsabilidad que toma el derecho comercial es básicamente una forma de generar un incentivo al emprendimiento, cuando se limita la responsabilidad contractualmente, lo que yo hago es limitarlos cuantitativamente o por sus causas (ejemplo de limitación cuantitativa es la avaluación en la cláusula penal, en cambio, un ejemplo respecto a sus causas, puede ser cuando una empresa dice que no responderá por cuál o cuál evento).

La limitación de responsabilidad puede venir por el cuánto, la causa remota y puede venir por una fuente legal o convencional. También hay intentos de limitación de responsabilidad en materia de responsabilidad extra contractual.

En la medida que se limita la responsabilidad, se reducen los costos y se asumen menos riesgos porque se toma menos responsabilidad, lo que genera un mayor emprendimiento. Esto se nota en la creación de un tipo social que se llama “*la sociedad real limitada*”.

Una sociedad colectiva de carácter civil tiene socios que se incorporan a ella. Con la sociedad colectiva se crea una nueva persona jurídica y en ese sentido, se crean obligaciones entre la sociedad colectiva y el socio. La pregunta que aparece es: ¿qué pasa con las obligaciones en sociedad colectiva civil? Sucede el derecho de prenda general que consiste en el derecho que tienen los acreedores para cobrar los activos del patrimonio. Pero ¿qué pasa si un acreedor se dirige en contra de sociedad colectiva civil y no encuentra el pago? Lo que pasa es que el acreedor se tendrá que dirigir directamente contra los patrimonios personales de los asociados. En ese sentido, la forma que hace el legislador para limitar la responsabilidad está en que los **acreedores sociales no van a poder perseguir las obligaciones sociales en el patrimonio personal de los socios**, pero lo que aportan los socios, ese patrimonio se pierde, en ese sentido, el socio solamente va a tener que entregar su aporte.

¿Dónde está entonces el incentivo para el emprendimiento? En el sentido que cada emprendedor “decide la apuesta para ese juego”, el asociado determinará cuanto capital le pondrá a la sociedad colectiva civil.

### **La Banca**

El negocio bancario es una característica que surge a propósito de la noción del riesgo en materia mercantil y está estrictamente relacionado con el crédito. Los bancos de alguna manera representan el poder detrás del derecho mercantil, los bancos son una creación del derecho mercantil y son el primer marketing para el derecho mercantil. Todo el desarrollo del negocio bancario y el desarrollo de la banca es propio del derecho mercantil.

Cuando hablamos de banca, hablamos de gran prestadores en la historia y la banca en tanto prestadora de dinero, no permite una fácil distinción respecto de otros entes prestadores de dinero porque lo que hace la banca es la captación, fuente de fondos.

El negocio de la banca está en los intereses, donde se produce una: (1) **Captación** y (2) **Colocación**. Esa diferencia es el “spread” entre la tasa de interés de captación y colocación es el negocio bancario<sup>1</sup>. El monopolio bancario les permite intercambiar dinero.

#### 4. Los Mercados

Los mercados son una creación del derecho mercantil. Actualmente son más bien intangibles, pero antiguamente eran lugares físicos muy similares a lo que es una feria hoy. ***Eran un punto de encuentro físico entre demandantes y oferentes de productos***, donde los oferentes (que eran comerciantes) traían sus productos de distintos lugares para transarlos con consumidores o con proveedores. Esto se ve más en provincias (por ejemplo, en ferias de ganado).

Hoy en día, el mercado se ha desarrollado mucho. Ya no sólo se transan productos tangibles como ganado, sino que ***también productos que representan a otros productos***, como sucede en el Mercado de Valores. Aquí estamos frente a una feria en la cual se venden papeles de oferta pública, emitidos por una compañía, que representan el capital de esa compañía que se supone que generará una rentabilidad determinada.

Estos mercados florecen en la Edad Media y son el punto de encuentro de los comerciantes; y la regulación que se genera a partir de ellos se refiere a las cuestiones necesarias para su funcionamiento (quiénes participan, qué días venden, quiénes pueden comprar, qué se puede vender, qué sistemas de compra hay, etc.).

#### Sistemas de compra

En los mercados surgen sistemas de compra (mecanismos de compra y venta) que hasta el día de hoy existen.

Generalmente estamos más familiarizados con un método de compra y venta que tiene que ver con la *forma en que se transportan las ventas* de productos, denominado “***ventas forzadas***”. El típico esquema es el del **remate público**: se busca al mejor postor que parte desde abajo y sube el precio del bien transado. Pero este es sólo uno de los múltiples métodos. En el mercado de flores de Róterdam, la venta de flores se llevaba a cabo al revés: los vendedores comienzan poniendo un precio hasta dar con uno que alguien esté dispuesto a pagar. Esto responde a la necesidad de

---

<sup>1</sup> A diferencia de lo que sucede con el factoring (préstamo de dinero utilizando una factura como comprobante) que no están autorizadas a captar dinero del público, no pueden ser prestatarios del público

una venta eficiente (con sus precios, pero rápida). Estos son métodos de compra y venta que nacen en los mercados particulares, en función de las determinadas características de los determinados productos que se comercian en el ámbito del derecho mercantil, y que más tarde se consolidan como REGLAS que va formando el derecho comercial.

## 5. Prácticas y costumbres profesionales.

Surgen de este modo las prácticas y costumbres profesionales. Los comerciantes más antiguos no tenían la capacidad de “*back-office*” que hoy existe (de contar con una gran oficina administrativa detrás de su actividad). Por lo tanto, los mismos comerciantes llevaban su propia contabilidad, sus cuentas, etc. Eso hacía que ***muchas cuestiones relevantes no quedarán escrituradas***, por lo que las reglas que se pactaban se acordaban de **buena fe**. La mecánica de escrituración del contenido de la regla se dará mucho más adelante en el derecho comercial, con el desarrollo de los gremios que surgen del desarrollo del derecho comercial urbano. Pero en ESTE punto de comercio internacional de traslado, la cuestión de la buena fe es vital, y más aún, ***las reglas que iban quedando pactadas verbalmente comenzaban a repetirse***.

Estas reglas eran **COSTUMBRE** (prácticas/uso), no eran reglas escritas, derivadas de un poder central, vinculantes de su promulgación. Eran reglas que venían dadas por la forma en que se hacían los negocios y en la medida en que esas reglas se comenzaban a usar con constancia, en un territorio determinado, y por la mayoría de los comerciantes, se transformaban en reglas de derecho, igualmente vinculantes. Es por ello que la costumbre mercantil guarda tanto interés. Y hoy, cuando estudiamos el derecho comercial, se dice que una de las grandes diferencias que tiene el derecho mercantil respecto del derecho común está en la forma en la que éste recoge la costumbre.

Dentro de las especialidades del derecho comercial, se encuentra el tema relativo a la costumbre; en el derecho común, la costumbre tendrá aplicación sólo cuando la ley se remita a ella, en cambio, **en el derecho mercantil, la costumbre se aplica en silencio de la ley**.

Estas costumbres se profesionalizan: con el crecimiento de las ciudades se genera la especialización en ciertos productos. ***A medida en que el comercio crece, empiezan a generarse nichos de especialidad mercantil, y así se conforman los gremios de los comerciantes***. Así, hoy vemos que existen tres tipos de entidades jurídicas:

- Entidades que desarrollan negocios.
- Entidades que no desarrollan negocios.
- Entidades de contenido histórico.

Estas últimas (asociaciones gremiales y cooperativas) tienen un contenido histórico muy relevante: intentar representar lo que fueron los gremios en su época, y los gremios en su época tenían una razón interna y otra externa.

La **razón interna** ordenaba y jerarquizaba a los distintos especialistas. Los gremios eran muy importantes en la Edad Media, sobre todo en lo relativo a la prestación de servicios. Así, prestadores de

servicios se consolidaban al interior del gremio por sus habilidades manuales. Mientras más hábil y experto era el agremiado, mayor jerarquía tenía dentro del gremio. Entonces, estos gremios surgen y se dan reglas internas que permiten ir jerarquizando entre ellos (jerarquía que permite saber quién es aprendiz, quién es maestro, etc.). En esta jerarquía no hay una relación de subordinación y dependencia como en el derecho laboral; era simplemente que el de mayor rango jerárquico del gremio tenía derechos y obligaciones distintas que otros de rango distinto.

**Externamente**, los gremios comienzan a darse regulaciones porque generan grupos de poder frente al gobierno central (que se constituía con la aristocracia y los señores feudales). Los comerciantes adquieren una relevancia política de facto, tanto o más relevante que el noble o el señor feudal. Los señores feudales y los aristócratas comienzan a necesitar dinero de los grupos comerciantes; así, recogen poder político hasta transformarse en una verdadera clase enemiga del poder central. Más tarde se conocerán con el título de “*burgueses*” (todos aquellos no-aristócratas que hacen fortuna en el comercio, que hacen crecer las ciudades -los burgos-). Los gremios, entonces, comienzan a tener beneficios de parte del poder central. Ahora ya existe un *back-office* en las ciudades; existe capacidad administrativa para regular estas reglas de los gremios, regulaciones que se materializan en estatutos de los comerciantes.

### **Formalismo.**

Se tiende a pensar que el derecho civil es derecho regulado, en oposición al derecho comercial, que se funda en la costumbre. Sin embargo, los comerciantes hacen de las reglas del derecho mercantil un derecho mucho más formalista, ya que la admisión de la costumbre no necesariamente supone tal informalidad.

***En materia civil, los contratos consensuales son la regla general. Pero el derecho comercial, se acerca más a los contratos solemnes***, que en materia mercantil reciben el nombre de “*formalismo*”. Esto, porque el formalismo es mucho más importante en materia mercantil que en materia civil, y sobre esto, hay una serie de ejemplos.

- a) El **contrato de seguro** contiene la *póliza de seguro*, documento formal que contiene las condiciones del asegurado y las condiciones del seguro. Representa el derecho que yo tengo como asegurado a que se me indemnice en caso de siniestro, cubierto por la póliza.
- b) En **contratos de transporte**, se compra un *ticket* que contiene el día, la hora, el asiento, etc. El ticket es un documento que representa el derecho a ser transportado. En transporte marítimo de mercancías, el documento es un “*bill of lading*”, que representa el derecho a transportar las mercancías.

Estos títulos empiezan a generar una formalidad que, más tarde, se transforma en un **título representativo**, y en derecho mercantil, esos títulos representativos no son sino abstracciones; documentos que tienen derechos o que representan derechos en sí mismos, y que circulan en el derecho mercantil por estos papeles. Más tarde, pueden transferirse estos títulos representativos por la vía del endoso.

*El formalismo, entonces, termina creando títulos representativos que generan derechos valor* (porque valen algo distinto que su contenido material). Así, el formalismo en el derecho mercantil, más que cumplir con un afán de perfeccionamiento de una solemnidad, surge con el afán de posibilitar la circulación de estos bienes entre comerciantes (por eso, mercantilistas prefieren hablar de formalismo y no de solemnidad), porque todo el punto del derecho comercial es su asociación a la actividad de intermediación de bienes, y mientras más intermediación hay, más lucro hay también (pues cada eslabón de intermediación supone ganancia). Y es esa intermediación la que facilita el formalismo.

## 6. Contabilidad.

Es relevante ver cómo surge la contabilidad, sus objetivos, y sus reglas. A modo de introducción, habría que esbozar tres motivos:

- a) Necesidad de saber con precisión las ganancias en cierto tiempo, por parte del comerciante; controlar y registrar los activos y pasivos, y las utilidades que se han generado.
- b) Motivos de transparencia.
- c) Determinación de tributos a pagar.

### i. Contabilidad Contable.

Las reglas que determinan cuánto tengo, cuánto debo, cuánto gano, son **reglas contables** que los comerciantes se dan nada más que para la regulación de sus negocios. Es una consideración interna; hay una razón propia del comerciante que busca tener claridad sobre sus utilidades. Están también las **reglas de activos y pasivos**, que buscan saber qué, de todo lo que tengo, es mío, y qué debo. Son reglas que tienen que ver con el corazón de origen del derecho mercantil.

### ii. Contabilidad Financiera

La razón detrás de esta contabilidad es la **transparencia**; el conocimiento de terceros. Básicamente, lo que se busca es mostrar la contabilidad de los comerciantes para los efectos de que todos los que participan de este mercado, participen con igual acceso a la información. Entonces, el comerciante que tenía sus reglas contables, añade **reglas de contabilidad financiera**, porque entró al mundo financiero de los valores.

Hoy, en Chile, estamos en un momento histórico a propósito de la transición de las reglas de contabilidad contable a las de contabilidad financiera: nos estamos adaptando a reglas de contabilidad financiera que están agregándose a todos los sectores del comercio chileno. Estamos pasando de las **reglas de los principios generalmente aceptados** (PSGA) a **estándares financieros internacionales** (IFRS).

Los principios de contabilidad generalmente aceptados (PSGA) son reglas contables que venían desde el Colegio de Contadores de Chile, un ex-gremio profesional. En el año '75, los gremios se derogan

y se establece mediante DL que nadie podía tener el monopolio de un negocio, acabando con los colegios profesionales. Hoy, la necesidad de colegios profesionales (y no meras asociaciones gremiales) se hace evidente. El Colegio de Contadores dictaba reglas contables locales –esto es, en base a la contingencia nacional –que son finalmente los PSGA, dictados por boletines de contadores.

### iii. Contabilidad Tributaria.

Su objetivo es determinar el **costo del impuesto**. La contabilidad tributaria es una ficción de la contabilidad; es una regla que dice cómo tengo que contabilizarme yo para determinar los impuestos que tengo que pagar. Por eso, es distinta a la financiera y a la contable. Estas, con el tiempo, devienen en una sola contabilidad contable financiera. Cuando hacemos contabilidad tributaria, usamos las reglas base, pero incluimos cambios que la contabilidad tributaria supone, respecto de la contabilidad financiera, por ejemplo, de **depreciación acelerada**: la regla financiera sería que tengo que deducir la cuota de depreciación a mi utilidad. La cuota de depreciación es, básicamente, el costo de activo que hay por el mero uso de un bien (por ejemplo, el gasto de vida útil de un taxi). La idea detrás de ello es forzar un ahorro por la vía de la contabilidad, para que el gasto o la depreciación no genere problemas. La regla tributaria añade una nueva posibilidad de depreciación *acelerada*. Esta les permite depreciar (aceleradamente) la mitad de la vida útil del bien, esto, para incentivar el comercio: el Fisco cobra tardíamente los impuestos por su depreciación acelerada, con lo que la empresa tiene más capital para su negocio.

## 7. Tribunales Especiales

Los tribunales especiales de comercio surgen con la oposición del gremio de los comerciantes a que sus conflictos fueran resueltos por el príncipe, por dos razones:

- a) La visión política del príncipe sobre la solución del conflicto comercial era algo que a los comerciantes no interesaba.
- b) La resolución del príncipe carece de un carácter técnico, pues el príncipe desconoce las costumbres y los estatutos que regulan el derecho mercantil.

Es así que hoy se dan judicaturas especiales de comercio. En Chile, sin embargo, esto no es así. Pero sí se han utilizado estructuras existentes que permitan algo como una construcción de judicatura especial, como ha sucedido con la utilización del arbitraje, que se ha apropiado de una parte relevante de la judicatura comercial, todo bajo la idea de que existiría así “un mayor tecnicismo” (por ejemplo, Cámara de Comercio).

Además, existen jurisdicciones arbitrales internacionales.

## 8. La permeabilidad de las fronteras.

El comercio hace permeable a las fronteras nacionales: los comerciantes pasan las fronteras beneficiados por normativas que les permitan entrar y salir con mercaderías. Esto muestra cómo toda la regulación mercantil es precursora de la existencia de una comunidad mercantil. El comercio (y particularmente, el derecho comercial) ***surge como un fenómeno más internacional que nacional***, y es precursor de las futuras normativas comerciales que recogen las regulaciones de los estatutos de la Edad Media en el Mediterráneo, para pasar a ser regulaciones locales o nacionales (como las ordenanzas de Bilbao). Pero la llegada de los Estados Nacionales generó un mal para este desarrollo comercial.

## 9. Estados nacionales y unitarios.

Al derecho comercial le hace mal (y obliga a un cambio de visión) la llegada de los Estados Nacionales. Si bien en un principio los señores feudales no se opusieron a los gremios del comerciante (por nunca considerarlos nocivos, sino aliados para paliar carencias de bienes), cuando éstos comenzaron a adquirir cierto poder económico y a establecer relaciones comerciales con otros países, la actitud del Poder Central cambió. Luego, se consolidan los Estados Nacionales y el Poder Central crece, con lo que se le quita poder a los comerciantes. Así, la fuerza que habían adquirido los gremios y los estatutos, comienza a perderse cuando ***los Estados Nacionales se hacen de las regulaciones, estableciendo nuevos límites y restricciones***.

## 10. Derivaciones modernas.

El derecho mercantil es el campeón de la producción de relaciones jurídicas (en términos de derechos y obligaciones) para un mismo patrimonio, y es por lo mismo que los comerciantes son también campeones de las relaciones jurídicas cruzadas, razón por la cual el derecho mercantil tiene sus propias soluciones

concursoales (porque es, sin duda, el más impactado por las situaciones de insolvencia que se dan en una cadena de pago).

El derecho mercantil regula temas muy diversos, porque agrupa el contenido de todo aquello que ha tenido alguna vez contacto con la “mercantilidad”, que puede tener que ver con la calidad de comerciante, con las actividades desarrolladas por un comerciante, o con los efectos de estas actividades. Entre cada elemento hay una relación de dependencia (están todos relacionados y todos tienen una raíz común que permite que una institución pueda valerse de otra).

Así, podemos distinguir entre:

**a) Sujetos del derecho mercantil**

- i. El comerciante
- ii. Empresario individual
- iii. Empresario individual de responsabilidad limitada
- iv. Empresas
- v. Otras asociaciones (cooperativas; asociaciones gremiales)
- vi. Agencias y sociedades.

Todos estos sujetos tienen un patrimonio (demostrable cuantitativamente por medio de la contabilidad), que se compone de **activos** y **pasivos** (lo que tengo y lo que debo) que resultan del tráfico mercantil.

**b) Los actos jurídicos y contratos.**

En este punto es relevante estudiar cuáles son los actos jurídicos propios del derecho mercantil; hasta dónde estos pueden apoyarse de actos jurídicos de otros derechos, y hasta qué punto pueden derivarse actos mercantiles accesorios.

Todo lo anterior (personas especiales, patrimonios desde una perspectiva especial -contable-, y actividades especiales), lleva a la existencia de una **normativa especial** que rige al derecho mercantil; y estas normas regulan temas que suelen entenderse como “*obligaciones de los comerciantes*”. Las obligaciones profesionales de los comerciantes son, por ejemplo, la de llevar contabilidad, el registro del comercio (en que se inscriben datos tales como los poderes de los comerciantes, las sociedades), la obligación de publicidad (un nivel de información y transparencia que permita saber en qué términos estoy contratando), etc.

Cabe destacar, además, cómo la regulación del poder central limita la actividad de los comerciantes:

- Desde el derecho económico, con normas de libre competencia.
- Normativa sobre la protección del consumidor.

## Derecho Mercantil en el Código de Comercio:

### ¿Cómo identificamos la presencia del derecho comercial?

Con el advenimiento de los Estados Nacionales, y su toma del poder central, comienza el contra punto frente al gran poder regulatorio de la actividad que los comerciantes hicieron su especialidad, alcanzado en la Edad Media. En efecto, lo que hicieron los Estado Nacionales fue tomar protagonismo en gran parte de la regulación mercantil (esta ahora provendría del Estado y ya no constituiría una auto-regulación de los comerciantes a través de la dictación de Estatutos por parte de los gremios), lo cual desordena este “naïpe” al punto de que hoy en día parte importante de los tratadistas y profesores se esfuerzan en explicar ***qué es lo que debemos entender por “derecho comercial”*** (en el sentido de *cuál es el ámbito de aplicación del derecho comercial*).

Hoy en día el derecho mercantil termina siendo un área del derecho que centra su regulación (hasta cierto punto) en la **empresa** (su organización, responsabilidad, administración, solvencia, etc.), en la **contratación mercantil tradicional y moderna** (el crédito, mecanismos de financiamiento, protección del riesgo, etc.), en la temática del **consumidor y su protección**, y en cómo se enfrenta la empresa al mundo de la **competencia**. Todos estos ámbitos regulativos de los que se preocupa el derecho mercantil actualmente están sustentados sobre los pilares del libre mercado: el derecho mercantil en un gobierno centralizado es un derecho muy distinto al que encontramos hoy en día. Si hacemos una comparación con el derecho mercantil que operaba en la época de comienzos de los ‘70 en Chile, encontraremos que es un derecho diverso al actual. Por ejemplo en los años ‘71 y ‘72, el derecho mercantil era el derecho de la **fijación de precios** y la **fijación de cuotas de producción** por parte del Estado. Si se iba a los supermercados los productos tenían una advertencia (similar a la información nutricional) que contenía el precio final fijado por el gobierno<sup>2</sup> al producto en función de múltiples factores (zona en que se estaba comercializando, distancia del lugar de producción del producto, etc.). En cambio hoy en día, es un derecho mercantil más proclive al libre mercado. ***Hoy, tenemos normas más abstractas que definen el marco de la contratación mercantil*** (y no una regulación minuciosa que hacía del contrato un contrato dirigido).

Todo lo anterior da cuenta de que el derecho mercantil es, sin duda, un **derecho evolutivo** que, por tanto, tiene mucho que ver con la suerte del comercio en un momento determinado. El derecho mercantil hoy en día se encuentra frente a una dialéctica, debe encontrar su espacio, su ámbito de aplicabilidad. El Código de Comercio señala en el **Art. 2º**: “*En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.*”

Esta norma tiene un impacto importante respecto de la ubicación geográfica del derecho mercantil dentro del código de comercio. ¿Por qué debemos traer a colación esta norma cuando debatimos en dónde encontramos el derecho comercial? La interpretación que podemos obtener de la disposición, nos señala que debemos atender -cuando estamos frente a un acto jurídico- a ***si existe una norma aplicable por especialidad*** que haga regular el acto por el Código de Comercio. El derecho civil es un derecho *residual*, que se aplica

---

<sup>2</sup> La entidad que fijaba el precio era la DIRINCO, Dirección de Industria y Comercio (era una subsecretaría dependiente del Ministerio de Economía).

cuando no existe una regulación especial aplicable. En consecuencia, lo que dice esta norma es que cuando no exista una regulación para el acto en particular en el Código de Comercio, se deberá recurrir al derecho civil que rige siempre las relaciones de los privados -salvo cuando existen normas aplicables por especialidad-.

El **Artículo 1º** del Código de Comercio busca definir también el ámbito de aplicación del derecho mercantil. El artículo en cuestión señala que: “*El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes que se refieran a operaciones mercantiles (I), las que contraigan personas no comerciantes para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales (II), y las que resulten de contratos exclusivamente mercantiles (III)*”. (Primera norma enredada para definir lo que es ámbito del derecho mercantil).

**Hipótesis primera:** Ocampo utiliza criterios para definir el ámbito de aplicación del derecho mercantil. Para eso busca una categoría, la de los “*comerciantes*”, pero ¿qué es un comerciante? Podemos definir al comerciante como aquel que se dedica al trabajo del comercio; que se dedica al comercio porque desarrolla una actividad comercial, que dicha actividad tiene que ver con la intermediación -desde el momento posterior a la producción hasta el momento anterior al consumo-, que es realizada con ánimo de lucro (el fin de lucro no es privativo del derecho comercial, también existe en las actividades civiles), de forma profesional (especialidad, dedicación, habitualidad, sustento principal; siempre que estemos frente a una persona que frente al desarrollo de su actividad posea estas características será un profesional, alguien que se dedica de cuerpo entero a una actividad para obtener su sustento principal). En resumen, ***un comerciante es un sujeto que se dedica a la profesión del comercio, que está dada por la intermediación con ánimo de lucro y que se refiere al trabajo del comercio.***

Esta definición es un tanto **circular** porque al definir comerciante se dice que se trata de un sujeto que realiza una “actividad o trabajo de comercio”, pero ¿qué significa esto? Lo anterior lo podemos reconducir al término “**operaciones mercantiles**”, que son múltiples, parecen no ser taxativas, por tanto para encontrar en qué ámbito opera el derecho comercial nos encontramos con un problema. El comercio y la operación mercantil van de la mano para definir el derecho mercantil; se apoyan unas en otras de forma recíproca. [Las operaciones mercantiles hacen referencia a los contratos, porque son convenciones, porque crean o modifican derechos y obligaciones. De estas operaciones nacen obligaciones y sus correlativos que son los derechos.]

**Hipótesis segunda:** Se pone en el caso en que un **no comerciante celebra un contrato para asegurar el cumplimiento de una obligación no mercantil, a través de un contrato de carácter mercantil** (por ejemplo, una persona no mercantil celebra una prenda mercantil sobre acciones para asegurar el cumplimiento de una obligación civil, o quien presta dinero de forma aislada a través de un contrato de mutuo).

**Hipótesis tercera:** Se refiere a los **contratos exclusivamente mercantiles** (letras de cambio - que dan cuenta de un crédito-, pagaré -que dan cuenta de un compromiso de pago-). Estos contratos exclusivamente mercantiles son **actos mercantiles formales**, vale decir, son actos mercantiles *per sé*.

En resumen, vemos que en la primera situación Ocampo regula al comerciante. En segundo lugar regula las operaciones mercantiles y finalmente a las actividades mercantiles.

El **Artículo 3º** del Código de Comercio, por su parte, señala en su enunciado que “*Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos*”, enumerando una serie de cosas que parecen en principio ser actos de comercio. Sin embargo, ya en el **numeral 5º** señala que son actos de comercio “*Las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes*.”. En este numeral (y en otros que le siguen) Ocampo da ejemplos de actividades mercantiles, ya no de actos como señala en el enunciado, lo cual viene a reafirmar la idea de que para Ocampo el derecho mercantil regula a los comerciantes, a las operaciones o actos mercantiles y a las actividades mercantiles (todos ellos, ya sean de forma total o parcial).

**¿Cuándo un comercial no será regulado por el derecho mercantil?** Cuando realice un acto civil (al contraer matrimonio, por ejemplo). Por otra parte en las operaciones mercantiles o contratos de comercio -que también podemos denominar contratos mercantiles o actos de comercio propiamente tal-, podemos encontrar: actos de comercios formales y no-formales; los *formales* si están regulados expresamente por el Código de Comercio (por ejemplo títulos de créditos, títulos representativos de mercancía, etc.). Los *no-formales* hacen referencia a actos de comercio no regulados formalmente por el Código de Comercio. Estos actos no formales son contratos propiamente tales que se les agrega una característica que los distingue de sus pares civiles (C-V con ánimo de venta en el caso de la compra-venta mercantil).

La actividad de comercio, por su parte, nos lleva al concepto de empresa, por lo que en principio podríamos entender que el derecho comercial regula a las empresas. Sin embargo, ***el derecho mercantil regulará sólo a las empresas dedicadas al derecho comercial en el desarrollo de actividades comerciales*** (si realiza actividades de otro tipo no se registrará por el derecho comercial).

Al final del día el derecho mercantil se debate permanente entre lo subjetivo y lo objetivo. Mientras que lo subjetivo se refiere a los sujetos, el derecho mercantil se trata de definir en función a la categoría de comerciantes. Lo objetivo se refiere a los actos y actividades de comercio.

La explicación de la vinculación del derecho comercial al ámbito subjetivo es histórica. Históricamente el derecho comercial nació de los comerciantes, pero cuando llegan los estados unitarios y la revolución francesa – que dentro de sus postulados abogaba por la igualdad – se genera una regulación plana: el derecho mercantil se estructuraba sobre los actos de comercio, vale decir, a aquellas actividades mercantiles enumeradas **taxativamente** en el código. Pero esto comenzó a generar problemas, por ejemplo ¿la persona que compra un libro con letra de cambio debe verse regulada por el derecho mercantil? Para responder a estos problemas comienzan a surgir diversas teorías, dentro de las cuales encontramos a las de **(i) los actos mixtos o de doble carácter**, que afirmarían en el caso anterior que para el comerciante se trataría de un acto comercial, mientras que para ella sería una c-v civil). Al final del día, con esta teoría si bien por la “igualdad” no se quería reconocer la casta con regulación propia de los comerciantes, indirectamente se está la está reconociendo, lo que hace que se desordene el asunto. **(ii) La teoría de lo accesorio**, que comienza a confundir actos con actividades con las empresas. Por ejemplo el contrato de arrendamiento con el fin de establecer una tienda, se regía por el derecho comercial porque lo entendía

como una actividad que accede a su calidad de comerciante<sup>3</sup>.

El problema de todo lo anterior, es que al definir lo que es el derecho comercial se transforma en un problema circular (para entenderlo mejor hay que tener en cuenta lo que decía *Puga*: al final la cosa es circular porque el derecho comercial rige las actividades comerciales realizadas, en el desarrollo del comercio, por comerciantes). Cuando se introduce la corriente objetiva del derecho comercial se intenta morigerar lo excesivo de la teoría de los actos subjetivos.

Hoy en día este problema no está resuelto. Para la cátedra, ***hay que tener una mirada crítica respecto de la mirada “geográfica” del derecho mercantil***, pues se reconoce que hay ámbitos que están regulados en el derecho mercantil, pero la franja para discernir cuáles son ellos es delgada. El profesor está de acuerdo con reconocerlo más bien por el ámbito subjetivo, aunque reconoce que no todos los actos de los comerciantes son mercantiles, y que por tanto es necesaria una cuota de objetividad.

Si bien las dudas persisten, hay cuestiones que facilitan la vida para entender qué pertenece al derecho comercial: **intermediación, producción y consumo** son conceptos que están siempre relacionadas al derecho comercial. Por otra parte la diferencia del comerciante con el industrial es que este último agrega valor a productos no terminados, en cambio el comerciante no agrega valor a productos terminados, sino que se dedica a la intermediación de estos.

Otros datos útiles para saber cuándo estamos frente al derecho comercial:

- El mar mercantiliza (generalmente) los actos.
- Las sociedades anónimas son comerciales por Ley.

---

<sup>3</sup> El derecho mercantil opera sobre bienes muebles y no inmuebles.

### Aplicación del Derecho mercantil: consecuencias e importancia.

En términos prácticos, no podemos olvidar que estamos en un país positivista que sigue el derecho de la ley. El Código de Comercio fue instaurado con una visión objetiva, es decir, con una visión definida por los actos de comercio (se discute su taxatividad). Por lo mismo, al dar explicaciones de cuándo el derecho mercantil objetivo aplica a ciertas prácticas y a ciertas personas, tenemos que entrar a estudiar explicaciones adicionales como la teoría de lo accesorio y la teoría de los actos mixtos.

La importancia de determinar el ámbito de aplicación del derecho mercantil está en que:

- i) Hay **legislación sustantiva de fondo que en algunos casos, va más allá de la legislación sustantiva civil**. El Código de Comercio y sus reglas complementarias, regulan sustantivamente contenido de derechos y obligaciones de una manera distinta a la forma en que se regulan en el derecho civil<sup>4</sup>. Por ejemplo, en cuanto al primer acto relevante, la compraventa, vamos a llegar por ejemplo en que hay una regulación de la compraventa en el Código de Comercio que es una regulación que es muy mercantil, no es que sustituya el acto de comercio “compraventa mercantil” a la regulación de la “compraventa civil”, se agregan consideraciones que tienen que ver con costumbres mercantiles que más tarde fueron hecha fuente de derecho positivo (ley).
- ii) Hay también casos de **legislación mercantil totalmente** nueva, pudiendo distinguirse dos casos:
  - **Legislación mercantil nueva que se aplica por analogía a otras disciplinas** Toda la normativa sobre formación de consentimiento está consagrada positivamente en el derecho mercantil (cuándo se forma el consentimiento, etc). De hecho, parte relevante de la temática de la responsabilidad precontractual en Chile, se basa en la normativa mercantil de formación del consentimiento.
  - Pero también tenemos **legislación sustantiva nueva, propia del derecho mercantil**. Por ejemplo, el contrato de cuenta corriente mercantil<sup>5</sup>, que es de mucha aplicación práctica, y que nace en el derecho comercial, pero que tiene una serie de consideraciones, por ejemplo, de orden tributaria. Tenemos también otra legislación sustantiva o normativa sustantiva de materia mercantil sumamente novedosa que no existe en otras regulaciones, como por ejemplo, la regulación sobre sociedades anónimas, sobre sociedades por acciones, o sobre otros sujetos de derecho mercantil regulados sólo en este ámbito.
- iii) Hay también **legislación en materia de prueba**:
  - **Testimonial**: la regla específica en materia de medios de prueba testimonial en el derecho común, es que esta no permite probar la existencia de un acto o contrato, salvo que haya principio de prueba. En materia mercantil no existe esta restricción.
  - **Libros de contabilidad**: Puede homologarse a la prueba documental. Los libros de contabilidad son, por definición, los documentos de los comerciantes. Uno de los grandes aportes que los comerciantes traen al mundo moderno es la contabilidad, y hay razones históricas por

---

<sup>4</sup> En este curso parte relevante de lo que tenemos que ver son los actos de comercio. Estos actos de comercio, en general, están en bastante desuso varios de ellos (no tienen aplicación práctica hoy en día) y por lo tanto aquí en clases veremos pocos. Y sí vamos a separarnos del programa tradicional y agregar otros actos de comercio y operaciones mercantiles que son mucho más atingentes en el día de hoy.

<sup>5</sup> Una de las cosas que se destaca del Código de Comercio chileno, es la consagración positiva del contrato de cuenta corriente mercantil, porque somos los primeros del mundo.

la cual la contabilidad se tiene que dar en materia mercantil: tiene que ver con su orden interno, y con la acreditación de sus relaciones externas. Y la contabilidad va adquiriendo ciertas técnicas a partir de ciertos criterios técnicos que se van dando. Esta contabilidad se contiene en una serie de libros distintos. El Código de Comercio enumera los libros que tiene que tener el comerciante: libro diario, libro de balances, libro de resultados, etc. Estos libros, en definitiva, reflejan la vida del negocio del comerciante. Es decir, todo aquello que no esté contabilizado, no formó parte de la vida mercantil del comerciante.

Estos libros de contabilidad podrán usarse en juicios entre comerciantes o en juicios entre comerciantes y no comerciantes. Cuando se utilizan en **juicios entre comerciantes** los libros se examinan cruzadamente, de manera tal que, en la medida en que digan exactamente lo mismo en uno y otro lado, el Juez de comercio está autorizado a dar por acreditada la veracidad de estos dos libros. Si los libros no están contestes, el juez puede darle mayor valor a uno de los dos, en función de la formalidad con que estos libros se han llevado. En la medida en que el libro de contabilidad tiene una organización que el otro no tiene, adquirirá un mayor valor<sup>6</sup>.

- iv) Otra razón por la cual conviene determinar si nos encontramos en un ámbito de derecho mercantil está en que **la costumbre es una fuente de obligaciones mucho más potente en materia mercantil de lo que lo es en materia civil**: la costumbre suple el silencio de la ley, a diferencia de lo que ocurre en materia civil donde la costumbre rige sólo cuando la ley la llama y no cuando hay lagunas legales. Por lo tanto la costumbre mercantil tiene mucha más utilidad práctica.

La costumbre mercantil además tiene dos corrientes: una **corriente interpretativa**, y una corriente **de fuente del derecho supletoria de la ley**. La primera es una costumbre que permite interpretar la ley sobre la base de la forma en que se desarrolla un cierto acto o técnica; o sea no sólo llena lagunas legales sino que además interpreta a la ley comercial existente. Por lo tanto tenemos una segunda razón para entender a la costumbre como una fuente de derecho mucho más potente de lo que es en materia civil. En materia de prueba de la costumbre mercantil, el Código de Comercio establece que debe probarse a través de sentencias o de escrituras públicas que la contengan. Por lo tanto, la costumbre mercantil parece ser muy amplia porque suple el silencio de la ley, pero se restringe mucho cuando llega al minuto de la forma en que se puede probar. Por lo tanto, la costumbre en realidad sólo va a tener rigor cuando sea una costumbre reconocida en uno o más de estos instrumentos. No es una costumbre cualquiera.

- v) Otras normas mercantiles relevantes son las normas de insolvencia y de quiebra del comerciante. En materia de **quiebras** los legisladores históricamente han tratado de manera distinta a los comerciantes de

---

<sup>6</sup> Vamos a ver derivaciones de esta temática más adelante cuando revisemos el tema del mercado de valores, no sólo en lo que se refiere a los libros de contabilidad, sino que a lo que se refiere a la regulación que emana de las entidades sujetas a la fiscalización del regulador del mercado de valores. Hay una entidad sujeta a la regulación de mercado de valores, documentos adicionales que tienen que ver con la información que proporciona este ente privado al público en general a través de la Superintendencia; típicamente estado financiero o hechos esenciales que pueden producir un efecto importante en un negocio; estoy obligado a entregar esta información a la Superintendencia para que todos los que participan en el mercado de valores conozcan estas circunstancias y justiprecie el valor de los libros de oferta pública que yo tengo en el mercado.

los no comerciantes. Las razones las hemos adelantado al hablar de las cadenas de pago y de las múltiples relaciones que tienen los comerciantes con sus acreedores y deudores, y la forma concursal en que el derecho mercantil pretende, en definitiva, erradicar lo más rápidamente posible esa mancha que existe en la economía que está alternado la línea de pago y, por lo tanto, aplica una legislación mucho más rigurosa que la que aplica en materia civil. En materia civil la solución concursal por definición es la cesión de bienes, y en materia mercantil es la quiebra o los convenios. Sobre quiebras hablaremos con mayor extensión en unos cursos más.

- vi) **Liquidación de sociedades mercantiles** también es muy relevante en lo que se refiere a la regulación normativa de la liquidación de sociedades. Las sociedades no son una creación del Código de Comercio; ya existían en el Código Civil en la forma de sociedad colectiva. Esta es una sociedad que forman varias personas con un objeto común, y que tiene un déficit importante por cuanto no limita la responsabilidad de los socios. Eso lleva con el tiempo a la incorporación de las sociedades de responsabilidad limitada para suplir este defecto. Cuando se dicta el Código de Comercio años más tarde, las sociedades colectivas también son reguladas por el Código de Comercio; hay una doble regulación. La sociedad colectiva mercantil se parece mucho a la sociedad colectiva civil, pero tienen algunas diferencias. Una de ellas dice relación con la forma en que se liquidan.

**Liquidación de una sociedad:** Una sociedad nace como contrato al momento de la constitución, pero luego surge una entidad independiente y empiezan a crear relaciones jurídicas con clientes y proveedores; es decir, nace un ente que empieza a celebrar nuevos contratos. Y hay varios momentos claves en la vida de una sociedad. Digamos que llega el momento de término de la sociedad. Este momento termina de la misma manera en que termina la sociedad conyugal: con la disolución. La disolución es una causal y además es un instante, o sea, ocurre un evento de disolución y la sociedad termina. Disuelta una sociedad que celebró muchos contratos con clientes y proveedores, por lo que se debe determinar cuáles son los pasivos y activos que se tienen y proceder a liquidarlos; acá se entra al proceso de liquidación.

En el proceso de liquidación, en primer lugar, se determina la existencia de activos y pasivos de la sociedad, y una vez determinado esto, se liquidan los activos para convertirlos en dinero (o sea habría que cobrar las cuentas por cobrar, vender la maquinaria, etc). En tercer lugar, una vez obtenido el dinero, se produce el pago a los acreedores; si falta, se deberá analizar si la sociedad es de responsabilidad limitada o no, si sobra, se divide entre los socios, pagándoles el capital que se invirtió más la utilidad que se haya generado. Entonces, el proceso de liquidación tiene estos objetivos: determinar, liquidar, y devolver el dinero.

Las reglas de liquidación de las sociedades colectivas civiles están reguladas en el Código Civil a propósito de la partición de la comunidad hereditaria (patrimonio proindiviso por definición en materia civil) y no a propósito de la disolución de la sociedad colectiva. En materia mercantil hay reglas distintas. Es importante, entonces, ver si estamos frente a una sociedad colectiva civil o mercantil por que **las reglas de liquidación son distintas.**

Otra consideración importante a propósito de las reglas de liquidación, tiene que ver con la **personalidad jurídica**. Según algunos autores, la personalidad jurídica de una sociedad colectiva civil termina el día de su disolución, porque se forma una comunidad proindiviso que se rige por el Código Civil, que no le asigna personalidad jurídica a esa comunidad proindiviso; la comunidad no es distinta a las personas de sus comuneros en materia civil. **En materia mercantil, la personalidad jurídica dura hasta el último acto de la liquidación**, en este período lo que cambió fue su giro; lo único que ocurre es que la sociedad ya no se dedica al giro que tenía sino que se dedica a liquidarse.

Asignarle personalidad jurídica durante este período significa que esta sociedad todavía es susceptible de adquirir obligaciones durante este tiempo. Entonces sí, para liquidar un activo (por ejemplo para vender una máquina) necesito celebrar algún tipo de contrato, puedo hacerlo perfectamente. Y estos actos y contratos siguen siendo del patrimonio de la persona jurídica; no del patrimonio de los comuneros, a diferencia de la materia civil, donde recae en el patrimonio de los socios. Por lo tanto, es importante entender que hay reglas distintas respecto de las reglas de liquidación.

- vii) El último ejemplo tiene que ver con la **responsabilidad solidaria** de los socios, en las sociedades colectivas mercantiles. Llega un minuto en que hay que mirar si hay responsabilidad limitada o no. En materia de sociedades tenemos al socio 1, al socio 2, y a la sociedad. Estos dos socios conforman la sociedad, y cada sujeto (socio 1, socio 2, y sociedad) tienen su patrimonio propio. Cada sujeto genera pasivos. La pregunta es dónde persigue el acreedor de la sociedad el pago de su obligación. En general, en el desarrollo histórico, este acreedor puede perseguir su pago a cualquiera de los patrimonios involucrados. Esto hace que en la historia antigua, quienes constituyeran sociedades que quebraran, no pudieran pagar las deudas. Entonces en algún minuto se crea la figura de la limitación de la sociedad, de manera que al acreedor social se le dice que no puede perseguir el cumplimiento de la obligación de la sociedad en el patrimonio de los socios (el socio lo único que hace es responder por su propio aporte). Esta es la figura de la limitación de la responsabilidad en sociedades que tenemos hoy en día típicamente en sociedades anónimas y en sociedades de responsabilidad limitada. La responsabilidad solidaria se refiere a que antes de este momento histórico de la limitación de la responsabilidad, cuando teníamos vigentes los vínculos de responsabilidad, las sociedades colectivas mercantiles funcionaban de una manera distinta, porque **en materia de responsabilidad civil tenían una responsabilidad subsidiaria** (o sea, el acreedor se dirigía al patrimonio de la sociedad, y sólo cuando no pagaba podía dirigirse en contra del patrimonio de los socios). **En materia de responsabilidad mercantil, el acreedor social persigue indistintamente a cualquiera de estos patrimonios**. Hay una solidaridad siempre, porque en materia civil hay una solidaridad “horizontal”; en materia mercantil hay solidaridad “horizontal” y “vertical”.

Hay dos perspectivas para explicar el derecho mercantil:

- **Perspectiva subjetiva:** enfocada en el comerciante
- **Perspectiva objetiva:** enfocada en el acto de comercio. Este puede verse influido por el enfoque subjetivo, expandiendo o contrayendo la definición de acto de comercio. La teoría de lo accesorio permite entender que un acto realizado por un comerciante ha de entenderse como un acto de comercio (aunque el acto no esté en el catálogo de actos de comercio) expandiendo lo que se entiende como acto de comercio. Al mismo tiempo, un acto de comercio subsumible bajo cierto acto de comercio catalogado, no se va a entender cómo tal cuando sea realizado por un no-comerciante contrayendo lo que se entiende por acto de comercio (por eso la comparación con el aparato respiratorio: se expande o contrae en función de las actividades profesionales derivadas de la concepción subjetiva).

Es muy frecuente encontrar en la doctrina y la jurisprudencia la calificación de mercantil de un acto que propiamente tal no lo es pero que *accede* a mercantil por el hecho de que el que lo desarrolla es un comerciante. La contaminación de los actos no mercantiles como mercantiles por la profesionalidad de quien lo desarrolla es mucho más común que la descontaminación cuando se trata de entes no comerciantes que celebran actos comerciales. Ahora, las líneas son muy difusas, me atrevo a decir que no existen líneas claras; no existen criterios claros. Esto es más bien un análisis casuístico y por eso esta explicación del derecho mercantil no me agrada, porque es muy artificial y muy subjetivo: depende de quien la mira para determinar si estamos en presencia de actos regidos por el derecho mercantil. Pero dado que es lo que viene metido en nuestro código de comercio lo vemos; sino, me lo ahorraría.

**La teoría de lo accesorio** es una derivada de la perspectiva objetiva del derecho mercantil. Sabemos que la enumeración de los actos de comercio en el Código **no es taxativa** (pese a que otros así lo afirmen), y que es un derecho que sólo puede crear actos de comercio por ley (es un derecho cuyas limitaciones vienen dadas por la ley). En realidad existe una serie de actos que no están en el artículo tercero, pero que se regulan en el código de comercio en sus normas complementarias: por ejemplo, la celebración del contrato de sociedad mercantil no es un acto de comercio del artículo tercero. Entonces existe incluso evidencia empírica de que no es taxativa.

***El derecho mercantil y su creación no se agota en lo que nos dijo el legislador, sino que tiene fuentes externas al derecho.*** Su creación existe todos los días allá afuera entre quienes desarrollan el comercio. La teoría de lo accesorio, sustentándose en lo objetivo, se explica en lo *subjetivo*: **hay accesoriedad en función de la profesión, habitualidad y sustento de la persona comerciante o no comerciante.** El derecho objetivo sostiene la teoría de lo accesorio, pero la teoría de lo accesorio explica el derecho comercial subjetivo; o sea, supone que uno analiza quiénes son las personas detrás de ese acto. Si son no comerciantes la teoría pretende que ese acto, aunque de comercio, sea calificado de no comercial o, al revés si es un acto que no es de comercio, la teoría de lo accesorio pretende que cuando se desarrolla o realiza por un comerciante acceda a la pista de actos de comercio. Por lo tanto, de nuevo el sustento o sustrato primero es que el derecho objetivo crea la teoría de lo accesorio, pero esta se explica en una cuestión de una perspectiva

subjetiva.

¿Hasta cuándo uno puede realmente aplicar lo accesorio? Porque si nos limitamos a la teoría de lo accesorio para entender si estamos frente a actos de comercio, entonces la enumeración de los actos de comercio no tiene ningún sentido, porque vamos a encontrarnos con dos polos: contratos celebrados por los no comerciantes y los celebrados por los comerciantes, y nunca se van a tocar, porque en función de la accesión, el acto de comercio se iría a una u otra categoría y el de no comercio se iría a una u otra y con eso se acabó la pista de los actos de comercio. Lo que lleva a pensar que todo este enredo histórico al final del día no es una buena explicación; no me genera criterios claros para diferenciar la aplicación del derecho mercantil. ***A falta de un mejor argumento, los actos de los comerciantes se presumen mercantiles cuando no hay elementos más categóricos que le establezcan un carácter distinto.*** Esta es una de las muchas explicaciones que uno puede encontrar en la búsqueda del límite de la teoría de lo accesorio.

En definitiva, se termina por reconocer la existencia plena del derecho subjetivo o de la perspectiva subjetiva, porque lo que está diciendo es que en lo residual, cuando no tengo un mejor argumento, voy a tener que llevar los actos del comerciante siempre al acto de comercio; por lo tanto se reconoce la plena aplicación del derecho comercial subjetivo para los comerciantes. Por lo pronto siempre es admisible la teoría de lo accesorio cuando se trata de actos accesorios por su naturaleza, o sea, la explicación de la teoría de lo accesorio no es sino la explicación de un viejo adagio que es que ***lo accesorio sigue la suerte de lo principal*** (y una de las primeros momentos en que hablamos de la accesoriedad es en el estudio de la clasificación de los contratos entre principales y accesorios, y sabemos que los accesorios viven en función del principal). Hoy, cuando hablamos de la teoría de lo accesorio mercantil funcionamos bajo la misma lógica, pero aplicado a otra situación. **Tenemos un comerciante que desarrolla actos, ergo esos actos son mercantiles.**

Por lo pronto, no podemos discutir que la aplicación de la teoría de lo accesorio que conocimos con connotación de la clasificación de los contratos siempre nos va a llevar a aplicar la teoría de lo accesorio mercantil. O sea, cada vez que un comerciante celebra un acto accesorio para garantizar la obligación principal mercantil, ese acto accesorio tendrá carácter mercantil por el carácter de la obligación principal garantizada. Aquí entonces resulta mucho más fácil aplicar o no la teoría de lo accesorio, porque tiene que ver con la accesoriedad del contrato y no con la accesoriedad de la persona. Otros ejemplos de aplicación de la teoría de lo accesorio, son las compras que hacen los comerciantes para incorporar su activo fijo no circulante. Adquiere el carácter mercantil por la acción principal. Cuando yo tengo un balance como comerciante, veo básicamente los activos y pasivos; en activos veo los fijos, los circulantes, calificación que tiene que ver con la relación que tiene ese comerciante con el giro principal de su negocio. Por ejemplo, si tengo una máquina retroexcavadora, uno tiende a decir que es un activo fijo. Pero puede ser tanto fijo como circulante: por ejemplo, será activo circulante si yo las compro del mundo, las traigo a Chile y las vendo. Será fijo cuándo se compra la máquina para arrendar.

Entonces es sumamente claro que ***cuando el comerciante celebra actos y contratos de compra de activos circulantes, no hay duda de que es un acto de comercio porque ese activo se compró para ser vendido con una ganancia*** (artículo 3° N°1, primer acto de comercio del art 3ro: la

compraventa de cosa con ánimo de venderla-). El activo circulante cae directo en la calificación de mercantil, ya sean productos terminados que yo revendo o materias primas, insumos, existencias q yo ensablo y genero otro producto con otro valor agregado para venderlo.

Pero cuando yo compro una retroexcavadora, y no me dedico al giro de comprarlas y venderlas, yo no estoy comprando con la intención de vender, la compro con la intención de utilizar toda su vida útil en el negocio; la quiero usar para desarrollar mi negocio. Esta compra la hace el comerciante sin intención de vender y en el art. 3ro no contiene estos actos en su enumeración. Para que esto fuera un acto de comercio regido por las leyes de comercio tengo que aplicar la teoría de lo accesorio.

Entonces, en esta búsqueda del límite de la teoría de la accesión tenemos dos categorías que no merecen ninguna duda:

1. Cuando hay un contrato principal y lo sigue uno accesorio
2. Cuando hablamos de los actos de los no comerciantes que tienden a registrar o incorporar activos a su activo fijo, a pesar de no ser parte de un giro.

La teoría se explica en el sistema alemán. De alguna manera, retornando en la historia, los alemanes retornan al concepto subjetivo y aplican la teoría de lo accesorio en forma absoluta para los comerciantes e incluso van mas allá, estableciendo **presunciones** a favor de comerciantes de un acto. Un comerciante, aún cuando no sea un acto de comercio, dice *“en caso de duda los actos de un comerciante se reputan pertenecer a su industria mercantil”*. La 2da presunción es que *“las deudas del comerciante son propias de su giro a menos que conste expresamente lo contrario”*. Esto es relevante porque de alguna manera se va a mezclar de con la teoría de los actos mixtos o de doble carácter. Los alemanes, retornando al derecho subjetivo, aplican la 1era regla que se entiende fácil: en último término los actos de comerciantes se van a presumir mercantiles. Es un retorno a la visión subjetiva. ***Los alemanes se dieron cuenta de esta necesidad de volver al derecho subjetivo para explicar la mercantilidad de los actos.*** La 2da presunción, dice que tratándose de deudas del comerciante, vamos a presumir que son mercantiles a menos que conste lo contrario. Con esto ***los alemanes quieren proteger a los acreedores.*** Yo les explicaba que la legislación comercial es mas estricta: en cuestión de soluciones concursales el deudor comercial tiene *quiebra* (lo sacan de la economía, le meten Síndico, etc.) Pero el deudor civil tiene el derecho a ceder los bienes y sería. El derecho comercial es mucho mas estricto. Por eso, hay una mejor garantía de seguridades, de mejores posiciones jurídicas para los acreedores, cuando a las deudas se les aplica el derecho mercantil.

Ahora el legislador lo hace para obligar al comerciante a ser ordenado (es un profesional; es un tipo que vive de esto; él mas que nadie tiene que saber la aplicación de la ley, advertirle al acreedor “este crédito no es para mi comercio”, etc.). ***Entonces, el comerciante es un profesional y él tiene que advertirle al mundo cuando esta en su faceta de comerciante y cuando no.*** Esto es relevante, ya que da el por qué de los **estándares de responsabilidad** que se aplican en el derecho mercantil: tienen que responder porque saben a lo que se dedican; tienen que tener un deber de cuidado de responsabilidad mas alto que aquel que no se dedica a esto. La ley está reconociendo una categoría de gente que se dedica a estas actividades, más cuidadosas, que tienen una mayor repercusión en la economía, que los obliga a ser mas profesionales. Entonces los alemanes dicen: “*ya que usted es profesional, se presumen mercantiles*”. Esa tesis no existe en Chile.

Gracias a la teoría de lo accesorio nos encontramos con algunas afirmaciones paradójales: compras sin animo de revender pueden ser mercantiles; la paradoja del comerciante que compra para su activo fijo (gracias a la teoría de lo accesorio); las compras de inmuebles pueden incluso llegar a ser mercantiles en el negocio de la construcción. Es verdad que hoy en el catálogo de los actos de comercio tenemos que las empresas constructoras de inmuebles en su giro de profesión de inmuebles son empresas que son ligadas en sus actos en actos de comercio. Básicamente la razón de esa calificación es una de orden tributario: cuando surge el IVA en Chile (que surge mas o menos en el año 1975) con la definición que existe en los hechos grabados no calificaban los negocios de los servicios de las empresas constructoras para ser afectos a IVA, porque no se trataba de bienes de traslado, de ventas, de especies, ni cabían en las hipótesis accesorias de la ley del IVA. La solución por la que optó el legislador comercial de la época, mantuvo la ley del IVA y califico de comercial el acto de la constructora. Pero como lo calificó de comercial para los efectos del IVA la cosa quedo mal, difusa, no muy limpia. Por eso digo que compras de inmuebles pueden llegar a ser incluso mercantiles, porque hoy día, por el accesorio de la empresa de la actividad de construcción cuando se dedica también a comprar y vender inmuebles, esos actos pueden ser calificados de mercantiles a pesar de que el derecho mercantil no es, por definición, un derecho que regule las actividades inmobiliarias.

En el código de comercio vamos a encontrar al **comerciante** y su definición, y vamos a encontrar a **empresas de giro comercial**. En relación con el comerciante el código de comercio básicamente entra en los conceptos de ***profesionalidad, habitualidad***, es decir lo define desde un punto de vista subjetivo. El código de comercio también define a las empresas de giro comercial cuando crea actos de comercio, lo que deja ver el criterio objetivo. Yo les leía ayer ejemplos de aquello: empresas de transporte son calificados actos de comercio. Por lo tanto, uno entra por la regulación del acto y el otro por la regulación del sujeto.

Aquí no podemos utilizar el concepto de la teoría de lo accesorio porque estamos en un criterio objetivo del acto de comercio. El código dice, por ejemplo, que “*el contrato de mutuo no es acto de comercio pero se convierte en tal cuando es operación de banco*”, y luego dirá: “*el mutuo puede ser un acto mixto reviste carácter mercantil cuando ... contrato propio de su giro es una operación de banco*”. Estos dos criterios se parecen mucho pero son distintos: el primero intenta aplicar la teoría de lo accesorio al concepto de empresa bancaria, el segundo

aplica la teoría de lo accesorio al concepto del banco en tanto comerciante, y es distinto.

La Ley general de bancos permite sostener que los bancos son entidades comerciales, que se dedican a una serie de actividades, alguna de ellas son exclusivas y otras no. La mayor exclusividad está en **captar dinero** para prestarlo y ganar una diferencia con la tasa de interés; es lo que define básicamente al banco. Ese banco es una entidad que se dedica al giro bancario y este es comerciante, es acto de comercio, por expreso reconocimiento del art 3ro. Entonces cuando yo sostengo que el mutuo, por el hecho de celebrarlo el banco, es una operación de banco, estoy equivocado porque ***las operaciones de banco están enumeradas en la ley general de bancos*** y si el mutuo no está como una operación bancaria simplemente no lo es. Si yo entiendo el mutuo incorporado como una operación bancaria, ese acto del banco siempre va a ser mercantil, independiente de quién lo realice, porque al ser una operación bancaria accede al acto de comercio del art 3ro. Es como si de rebote está incorporando ese mutuo, ese acto que no estaba en el art 3ro lo estoy incorporando, distinto, mucho más pulido y pulcro. Es lo que hace la Corte años después cuando dice que el mutuo puede ser un acto mixto que reviste el carácter mercantil para el banco mutuante porque es un contrato propio de su giro. O sea dice que no es que yo considere al mutuo como una operación bancaria, sino que ***como el mutuo lo celebra un comerciante -que es el banco-, a su respecto voy a aplicar la teoría de lo accesorio y voy a aplicar el derecho mercantil***, pero lo hace dese el punto de vista del sujeto que lo está celebrando (el banco), no desde el punto de vista del acto de comercio.

Es frecuente justificar accesoriedad cuando no la hay. Aquí no aplica la teoría de lo accesorio; aquí la pregunta es si el acto de ese banco es una operación bancaria. Y la respuesta es que sí, es una operación bancaria, ergo es un acto de comercio porque la ley lo dijo, pero no porque necesito aplicar la teoría de lo accesorio. Ahora bien, después de responder la **primera pregunta** (*¿ese acto es operación bancaria?*) si la respuesta es *sí* entonces tengo un acto de comercio definido en la ley. Si la respuesta es *no*, tengo que hacerme la **segunda pregunta**: *si no es operación bancaria ese acto de comercio, ¿quién lo celebra?* Si es un comerciante entonces se aplica la teoría de lo accesorio, ergo acto de comercio para ese señor. Esa es la lógica que uno debe seguir para aplicar la teoría de lo accesorio; aplicarla antes es apurarse. Por lo tanto los actos que verifican la entidad comercial, que son todas actividades de giro empresarial definido como bancos de comercio del 21 3ro, son comerciales porque la ley los ha definido así, no porque sean accesorias a un giro principal; y solo cuando ese acto no está dentro de la enumeración de actos que forman parte del negocio de la empresa cabe la pregunta de quién celebra ese acto. Si es comerciante aplicamos teoría de lo accesorio; si no lo es no la aplicamos.

## Mandato Mercantil

Dentro de la enumeración de los Actos de Comercio, en el **Art. 3 nº 4 C. Comercio** se señala la comisión o mandato mercantil.

Primero debemos analizar el mandato civil que está en el Art. 2116 CC. Es un contrato en virtud del cual una persona (mandante) le encarga a otra (mandatario) la realización de uno o más negocios. Lo relevante es que ese encargo se hace por cuenta y riesgo del mandante, es decir, será este quien recibirá los beneficios del negocio, pero también deba soportar los riesgos (pérdidas) que dicho negocio genere.

### Características Mandato Civil:

- Es un **contrato bilateral**, vale decir, crea obligaciones para ambas partes. Por ejemplo, el mandante debe rembolsar. Eventualmente puede llegar a ser un contrato sinalagmático imperfecto.
- Es un **contrato intuito persona**, es una relación de confianza. En la misma definición se dice que una persona “confía a otra la realización de algo”. Esto significa que el error de persona es causal de nulidad; la muerte del mandatario extingue el mandato, por regla general; el mandante mira a la persona del mandatario para efectos de contratar.
- El **objeto del mandato es la gestión de uno o más negocios**. El problema que surge a continuación es determinar *¿qué se entiende por negocios?*
  - **Tesis amplia:** El negocio puede ser cualquier acto, jurídico o material.
  - **Tesis restrictiva:** El encargo sólo puede ser un acto jurídico.
  - **Tesis ecléctica:** Actualmente corresponde a la tesis mayoritaria dentro de la doctrina (y seguida por la cátedra). La gestión de un negocio se refiere a la ejecución de un asunto que tenga atingencia en la creación, mantenimiento, transferencia o extinción de relaciones jurídicas; diversos actos jurídicos encuentran vínculos en su nacimiento, desarrollo y terminación.

Eso da lugar a considerar que es gestión de un negocio: 1) la conservación de un patrimonio; 2) la ejecución de cualquier negocio de índole económica para el mandante; 3) la administración de una industria; 4) la realización de cualquier acto jurídico.

- **Por cuenta y riesgo del mandante.** Es él quien recibe los beneficios y soporta las pérdidas del mandato, incluso en los casos en que el mandatario actúa sin representación. En estos casos los efectos se radican en el patrimonio del mandante porque aunque el mandatario actúa a nombre propio, surge una nueva obligación para el mandatario. Por ejemplo si el mandante le pide que compre una casa, pero no le da representación al mandatario, este debe traspasar la propiedad al mandante. Se entiende que el mandatario no ha cumplido todavía su encargo pues lo que hace es

comprar la casa a su nombre y luego transfiere el dominio.

- **Se discute si es gratuito u oneroso.** El código civil dice que puede ser ambos. Se entiende por la doctrina que, a falta de estipulación, el mandato civil es gratuito porque en materia civil no existe la presunción que existe en el mandato mercantil de que “a falta de estipulación, se presume remunerado”.

La tesis minoritaria es la de David Stichkin (que es la que ha tenido acogida en la jurisprudencia) quien dice que, sin perjuicio de que el derecho civil no establece una presunción, dentro de las obligaciones del mandante se dice que el mandante tiene la obligación de pagarle al mandatario la remuneración estipulada o la “usual”, es decir, el código no lo presume gratuito pues cuando el derecho quiere que algo sea gratuito lo dice expresamente, por tanto lo usual es que no sea gratuito. Además, nadie está obligado a hacer nada de forma gratuita.

- **Es consensual, salvo excepciones:** El mandato es uno de los contratos por antonomasia consensuales incluso, en ciertas situaciones, el mero silencio se mira como aceptación. Una excepción en que el mandato civil no es consensual está en el Art. 7 CPC.
- La **representación es un elemento de la naturaleza del mandato.** Si nada se dice se entiende que el mandatario tiene la representación el mandante, pero se puede estipular lo contrario.

### Mandato Mercantil

Es la versión mercantil del mandato civil. El **artículo 233 C. Comercio**, lo define como: *“un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y dar cuenta de su desempeño”*

¿Qué se entiende por negocios lícitos de comercio? La doctrina ha considerado que la expresión “negocios lícitos de comercio”, se refiere a «actos de comercio».

Suena raro que diga “gratuitamente”. El profesor Gabriel Palma dice que es raro siendo que el elemento trascendental del Derecho mercantil es el lucro. Esto se solventa con la presunción que existe en materia mercantil de que “a falta de estipulación se presume remunerado”.

El **artículo 3 n° 4** establece que *“Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: n°4 la comisión o mandato comercial.”*

Sin embargo, **la comisión no es lo mismo que el mandato mercantil; la comisión es un tipo de mandato mercantil.** Existen tres tipos de mandato mercantil: (i) la comisión; (ii) el mandato de los factores independientes de comercio y (iii) las corredurías. El legislador se equivocó y confundió dos cosas, pese a que luego rectificó su error.

La doctrina considera que es una relación de género a especie, y que el Art. 3 n° 4 **solamente se refiere a la comisión mercantil** porque los otros están tratados en otro punto.

## I) La comisión mercantil (artículo 235)

El mandato mercantil lleva el nombre de comisión cuando cumple **dos requisitos copulativos**:

- 1) Que se refiera a una o más operaciones mercantiles
- 2) Que estas operaciones estén individualmente determinadas.

La jurisprudencia ha dicho que un mandato general para administrar un negocio, no cumple los requisitos de ser comisión mercantil.

**Operaciones mercantiles** Hay discusión en relación a cuándo es mercantil la comisión. La regla es que, siguiendo la definición del derecho español, tiene que haber un elemento subjetivo y otro objetivo, y además que sea retribuido, salvo pacto en contrario. Siguiendo la regulación Código de Comercio chileno, la doctrina ha dicho que la comisión es mercantil cuando es otorgada para la realización de un acto mercantil (acto de comercio)

**¿Para quién es mercantil?** Existe discusión al respecto.

- La doctrina mayoritaria sostiene que la mercantilidad se ve desde el punto de vista del mandante (comitente).
- El profesor Palma dice que efectivamente se debe analizar la mercantilidad desde el mandante, pero que el derecho también debiese mirar al comisionista porque quien es el comerciante en esto, el que hace un negocio de la comisión es el comisionista. Pero la regulación legal nos obliga a decir que es el mandante.
- Una tesis minoritaria -del Profesor Julio Olavarría- señala hay que mirar al comitente y al comisionista, pues la comisión mercantil puede ser un acto mixto o de doble carácter, y puede ser civil para uno y mercantil para el otro. Por ejemplo, la comisión puede ser civil para el comitente y mercantil para el comisionista. Esto parece solucionar el punto de que el derecho chileno pareciera olvidarse del comisionista, siendo él quien en definitiva lucra con la comisión.
- El profesor Puga tiene una tesis totalmente divergente, señalando que para determinar si es mercantil la comisión, hay que estar a la actividad del mandatario o comisionista; la comisión será mercantil cuando este comisionista ejerza la actividad de la comisión de manera autónoma o profesional. En definitiva cuando sea un empresario de la comisión, siendo su negocio actuar como comisionista en el mundo jurídico y económico. El sustento de esto es que el artículo 236 en vez de hablar de los tipos de comisión, habla de los tipos de comisionista.

El punto es que los códigos en los cuales se inspiró nuestro código (francés de 1908; español 1929) lo tratan de manera distinta. El legislador chileno se separó del Código francés y no exigió el requisito empresarial a la comisión y el contrato de transporte, sino que sólo lo exigió para este último. El código español no habla de comisión sino que, efectivamente habla de comisionista profesional.

***Paralelo entre mandato civil y la comisión:***

Muchas de estas diferencias se dan porque el comisionista está haciendo de la comisión un negocio, por tanto siempre tiene interés.

| Mandato Civil                                                                                                            | Comisión                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Mandatario siempre actúa por cuenta y riesgo del mandante</b>                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Normalmente se celebra en beneficio del mandante, mandatario no tiene interés.                                           | Negocio que interesa a ambas partes, comisionista está interesado en recibir la “comisión”                                                                                                                                                                                                                                  |
| Se discute si por naturaleza es gratuito o remunerado (Sitchkin y jurisp. estiman que es remunerado)                     | Por naturaleza remunerada. A falta de pacto, remuneración “usual” (costumbre <i>secundum legem</i> )                                                                                                                                                                                                                        |
| Termina por la muerte de cualquiera de las partes, salvo mandato destinado a cumplirse después de la muerte del mandante | Muerte del comitente no pone fin a la comisión, derechos y obligaciones pasan a sus herederos.<br><br>En el caso de que muera el comisionista, mayoritariamente se dice que el contrato se extingue. Sin embargo, el profesor Palma sostiene que esto <b>no</b> sucede si se contrata con una <u>empresa comisionista</u> . |
| Revocable al sólo arbitrio del mandante (art. 2165 CC)                                                                   | No puede ser revocada por el comitente a su arbitrio                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Mandatario siempre puede renunciar dejando transcurrir un tiempo razonable (art. 2167 CC)                                | No puede ser renunciado por el comisionista a su arbitrio (art. 242 CCom)                                                                                                                                                                                                                                                   |
| Se puede delegar, salvo prohibición (art. 2135 CC)                                                                       | Solo delegable cuando hay autorización expresa o implícita (arts. 263 y 264 CCom)                                                                                                                                                                                                                                           |
| Autocontratación <sup>7</sup> sólo prohibida en caso de compraventa y mutuo (arts. 2144 y 2145 CC)                       | No procede la autocontratación, salvo que no se representen intereses incompatibles <sup>8</sup> (art. 271 CCom)                                                                                                                                                                                                            |
| Mandatario responde de culpa leve (art. 2929)                                                                            | Mayor responsabilidad para el comisionista (arts. 249, 250 y 251 CCom). No es lo mismo el hombre diligente en el mandato civil, que el del derecho mercantil pues la ley parece presumir hasta cierto punto, que tal comisionista es un empresario, un profesional.                                                         |
| Puede ser general o especial                                                                                             | Siempre especial, pues tiene facultades determinadas                                                                                                                                                                                                                                                                        |

## 2) Los Factores de comercio ([artículo 237](#)):

El factor de comercio es el empleado del empresario que lo representa frente a los demás (la cara visible del establecimiento de comercio) y sus facultades son de **dirección** de esa empresa en nombre del empresario,

<sup>7</sup> Habiendo jurídicamente dos partes que serían dos personas distintas, físicamente es sólo una.

<sup>8</sup> “Intereses incompatibles”: se representen dos intereses opuestos y que de eso se siga que uno de ellos resultará perjudicado. Considerar qué se entiende por perjudicado es una cuestión de hecho.

de **administración** y a su vez de **contratación** de personas. Por ejemplo, se presume de derecho que el gerente es quien representa a la empresa.

### Características:

- Es un **auxiliar de comercio dependiente** porque es un trabajador del empresario. Lo particular es que es un trabajador, pero a su vez tiene facultades de dirección lo que no concuerda con la característica de subordinación de un trabajador, por lo que se dice que es un trabajador “*sui generis*”.
- Tiene **todas las facultades necesarias para desempeñar su encargo**, salvo las que le sean restringidas expresamente.
- El empresario puede tener **uno o más** factores. En una empresa no hay una persona que esté a cargo de todo, hay factores diversos que tienen ciertas atribuciones. Así, la realidad económica nos demuestra que no es sólo uno.
- El poder del factor tiene que inscribirse en el Registro de Comercio. En el caso de los factores **no inscritos**, existe una regla de protección de los terceros, puesto que si bien el contrato es nulo entre el mandante (empresario) y el mandatario (factor de comercio), desde la perspectiva de los terceros, igual puede exigirse pues estos no contrataron con cualquier persona, sino con quien parecía legítimamente ser el representante para los terceros de buena fe. Por tanto, el empresario debe responder, sin perjuicio de que luego pueda demandar al mandatario por indemnización de perjuicios, si este se ha excedido de sus poderes o no tenía poder.

### **Factor notorio**

Creación del derecho español, pero que está regulado en nuestra legislación y se refiere a un sujeto que no tiene poderes inscritos pero se entiende que, para todos los efectos legales, es el representante de la empresa, porque todos lo ven como apoderado de esta. Esto sucede por ejemplo, en el caso de la definición del Código laboral de gerente que no considera si hay poderes inscritos. Lo importante es que esta noción es anterior a la legislación laboral: cuando empezaron a surgir los códigos laborales, a estos factores se les excluyó de la legislación laboral. En Chile, en principio no se les excluyó. Hoy, se entiende que son trabajadores, sin perjuicio de que esa relación laboral pueda tener ciertas particularidades, por ejemplo, en cuanto a la jornada de trabajo, su contrato puede terminar por desahucio. En definitiva, son un alter ego del empleador que los hace distintos de los demás trabajadores.

- Existe discusión con respecto a la **obligación de no competencia** con el mandante que establece el Código de Comercio. Algunos autores consideran que eso seguiría siendo válido, pero la “sana doctrina” considera que esa norma está tácitamente derogada por el Art. 160 n° 2 del Código del Trabajo, que señala que los trabajadores tienen la prohibición de competir con su empleador cuando el contrato expresamente así lo diga.

El punto es que hay una norma residual de terminación del contrato de trabajo por el incumplimiento

grave de las obligaciones del contrato, que serían los “**deberes de tipo jurídico**” del contrato (deberes no escriturados entre el trabajador y empleador). El problema es que hay sentencias laborales que han aplicado la causal a personal directivo, señalando que pese a que no estaba escriturada la prohibición de competir (por ende no se aplica el Art. 160), el hecho de que este sujeto compitiera con su empleador era una infracción a los deberes de tipo jurídico del contrato de trabajo, lo que a su vez corresponde a un incumplimiento grave de este, que da lugar a despido justificado por esa norma especial. Aquí hay un análisis de hecho porque depende del deber de lealtad que tenga el directivo (no es lo mismo el gerente general, que un directivo menor). Si está escriturada la obligación, se aplica el Art. 160; si no, se hace un análisis de hecho.

### **3) La correduría (artículo 234)**

Se define como aquel “*por cuya virtud una de las partes, que puede ser una persona o varias interesadas en la celebración de un contrato, sea entre sí sea con tercera persona, se obliga a abonar a la otra parte, llamada mediador o corredor, una remuneración por el hecho de indicar la oportunidad de celebrar el contrato o por el hecho de conseguir por su propia actividad esa celebración*”. Es la **intermediación por esencia** pues supone acercar a dos partes y asesorarlas para que concreten un negocio, por ejemplo el corredor de bolsa que asesora al vendedor y comprador de acciones. Lo que le interesa es que se cierre el negocio.

Hay **distintos argumentos que sostienen que en realidad no es un mandato mercantil**:

1. No están obligados a cumplir los contratos celebrados (art. 65), y en el mandato en general, el mandatario siempre está obligado a cumplir.
2. No garantizan la calidad ni cantidad de las mercaderías vendidas por su intermedio (art. 74). El mandante si responde por los vicios de la cosa.
3. No pueden demandar el precio el precio de las mercaderías vendida por su intermedio, salvo que actúen como comisionistas (Art. 75)
4. El carácter de intermediador no inhabilita al corredor para ser mandatario del vendedor (Art. 76) Esto es extraño porque según la definición ya es mandatario, pero al parecer puede serlo o no.

La jurisprudencia ha dicho que el Art. 234, al incluir el contrato de corretaje, ha cometido una imprudencia, ya que la naturaleza del corretaje no es la misma que la del mandato, porque la **calidad de mandatario no se compadece con la de corredor**.

Al ver las diversas definiciones, no tienen nada que ver. En efecto, los corredores no actúan como representante ni como mandatarios de sus clientes y, por consiguiente no responden, a no ser que actúen como comisionistas.

### **Letras de cambio, cheque y pagaré**

El plazo hace al crédito. Si estuviéramos ante otra modalidad, la condición, no podríamos hablar de un crédito sino que tendríamos que llamarlo crédito condicional, porque sabemos que el plazo se cumple siempre y la condición no necesariamente.

Por lo tanto, estos títulos de crédito, **letra de cambio y pagaré**, son *obligaciones de crédito de dinero consistentes en obligaciones de dar* y que *no son condicionales*. Si un pagaré lo sustentamos, por ejemplo, a la condición de que se case la abuelita no estamos frente a un pagaré porque no estamos frente a una orden incondicional de un crédito.

El **cheque** es un instrumento de pago, y por lo tanto, se vincula a la extinción de las obligaciones. No es un crédito que haya surgido para los efectos de cumplirse, no es una obligación que viene naciendo, sino que es una obligación que viene muriendo. El cheque además tiene una particularidad institucional muy relevante, porque **el cheque está vinculado íntimamente vinculado a los bancos**. Los pagarés y letras de crédito o de cambio, están vinculadas al comercio y no a los bancos. El banco es uno más de los cientos de actores que pueden endosar, tener, girar, beneficiarse de las letras de cambio y pagare. En cambio los cheques son órdenes de pago solo en relación con el banco.

Si el cheque es una orden de pago, el banco toma el rol del que cumple la instrucción del pago. La **única condición de pago** que puede poner el banco para el cumplimiento de esta instrucción es que existan fondos suficientes, mediante el protesto por falta de fondos. Esto es una orden de pago que, desde el **punto de vista de la extinción de la obligación, es incondicional**, pero desde el punto de **vista del cumplimiento de la instrucción** al banco mandatado, instruido, ese banco mandatado o instruido **tiene la posibilidad de no pagar si no hay fondos suficientes**. Ciertamente tiene el *derecho de protestarlo* cuando el documento viene mal entendido, pero eso es un problema de forma. Pero desde el punto de vista del contenido, el banco lo único que puede hacer es disponer que ese cheque no se paga porque no hay fondos.

### Cesión de créditos mercantiles: Circulación en el comercio.

Estas letras de cambio, los pagarés y los cheques, tienen distintas maneras de circular en el mundo del comercio, existiendo tres categorías de circulación, dependiendo de la persona que puede exigirlo, al beneficiario de ese derecho:

- 1) Al portador
- 2) A la orden
- 3) Nominativos

Un crédito nominativo en el derecho civil puede ser cualquier cosa: puede ser una obligación de dar, hacer o no hacer, de cualquier contenido. Y ese crédito nominativo básicamente lo que hace es nominar o denominar a la persona que tiene derecho a exigir beneficio, es decir, a ejercer la acción de cobro del cumplimiento de esa obligación conferida. En este sentido es un derecho muy estricto, históricamente muy circunscrito a las relaciones privadas, donde la persona es muy relevante. En el derecho civil en general, más allá de la figura del contrato *intuitu personae*, la persona de la contraparte del contrato es una cuestión muy relevante.

Cuando se crean los instrumentos nominativos, se genera inmediatamente un problema porque si se celebra un contrato con una persona, y esta quiere transferir esa posición contractual a un 3º, debe acudir a ciertas reglas establecidas en el CC (**normas sobre cesión de créditos**) para los efectos de poder hacer el traspaso y que este sea oponible a la contraparte. Estas reglas establecen la obligación de **notificar a la contraparte** y que esta **accepte**, para que la cesión sea oponible (cabe tener en consideración que para la contraparte no es indiferente si cambia la otra; por ejemplo, si cambia el acreedor, el deudor puede verse afectado, pues debe saber a quién pagarle, ya que *“el que paga mal paga dos veces”*)

En el ámbito mercantil, las reglas sobre cesión de créditos que contempla el C.C., resultan complejas de aplicar; imagínense que yo hiciera el negocio con esta solución jurídica, y me tuviera que trasladar con mis carretas del s. XIV donde otros transportistas. Yo la verdad es que tendría que llevar a mi contraparte original y a un montón de gente en la carreta para poder firmar las aceptaciones cada vez que quisiera ceder un crédito. Por eso es que el derecho mercantil crea otras figuras o formas de denominación o determinación de los beneficiarios. Crea entonces la figura del documento a la orden y más tarde los documentos al portador.

Un título valor extendido **a la orden** se emite en favor de una persona determinada quien puede cobrarlo por sí mismo o denominar un representante que reciba el pago. Para simbolizar esta entrega, a fin de que el deudor sepa que quien le cobra es un representante de su acreedor, se recurre a la figura mercantil del **endoso**.

El endoso es una **firma que se pone al reverso del documento**. Nace con la idea de circulación en el comercio. Históricamente hablando, cuando los documentos de comercio surgen evitamos “subir gente a la carreta” y se crean los documentos a la orden para los efectos de que, mediante un endoso, baste una firma para **ceder el dominio**. Se pretende no generar un representante para el cobro, sino que **generar un nuevo dueño de ese crédito**. Y como se genera un nuevo dueño de ese crédito, el dueño puede mucho más que un representante; va a ser básicamente el que va a cobrar.

Entonces en el endoso, el dominio del instrumento a la orden es una típica figura mercantil aplicable a los títulos valor, y que tiene su origen histórico en el desplazamiento a distancia.

Más tarde surgen los **documentos al portador**: el portador del documento es el verdadero dueño. **No se necesita un endoso, sino que basta con la mera entrega**. De hecho, la ley que regula a los títulos de valor como estos -letra de cambio y pagaré- habla del portador legítimo, o sea, **basta con que tenga el documento en mi poder para tener el derecho a cobrarlo**, porque fue extendido al portador y no a la orden. Esto quiere decir que cuando yo extendí el documento dije: “cualquiera que tenga este papel en su poder lo puede venir a cobrar”. En el caso contrario, cuando extendí el documento a la orden dije “cualquiera que sea pablo o un endosatario de pablo, va a poder a venir a cobrar en su momento determinado” ¿Cómo se va a acreditar eso? Mediante la sucesión de firmas puestas al reverso del documento.

Este es un panorama entonces de las letras de cambio, pagarés y los cheques. Estos instrumentos, son instrumentos cuya regulación nace en el derecho mercantil, y que no tienen una regulación supletoria o sustrato en el derecho civil. Por eso es que todos los autores de derecho mercantil denominan las letras de cambio, cheques y pagarés (así como están numerados en el art. 3 N° 10) como **documentos mercantiles formales**. El solo hecho de encontrarnos con una letra de cambio, un cheque o un pagaré, que son instrumentos formales porque tienen que tener cierto contenido y estructura de forma, nos pone frente al derecho mercantil.

### **Operaciones de banco (números 11 y 12 del artículo 3°)**

El banco es una entidad que tiene el monopolio para desarrollar ciertos negocios. Se caracteriza principalmente porque el Estado Central le dice a ese banco, a esa persona jurídica determinada formada al amparo de una sociedad anónima, “tú tienes el monopolio para explotar ciertos negocios en el país”. Y básicamente el monopolio que le entrega al banco es el de ser un **intermediario de dinero**; intermediación de dinero que viene definida por 2 verbos: por la **captación** y por la **colocación**. Aquel que puede captar dinero del público y a la vez colocar dinero en el público, el que tiene esas 2 características en la mano, es una persona que se dedica al negocio bancario. Y como el negocio bancario, la captación y la colocación de dinero, tiene un impacto muy relevante en la economía, los gobiernos centrales se reservan el derecho de dar una licencia, una concesión, una **autorización** para que solo ciertas y determinadas personas

puedan llevar a cabo ese negocio. No cualquiera puede ser un banco: **requiere de una autorización que viene del gobierno central**; autorización que se llama **concesión** (licencia) y que es otorgada por el gobierno central a través de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF).

Estos bancos, una vez que están instituidos como tales, pueden desarrollar las operaciones que señala la ley de bancos. Y en la numeración que hay en la ley de bancos, hay operaciones de banco propiamente tales, o sea, que solo las pueden llevar a cabo ellos, y hay otras operaciones que las realizan los bancos pero que también las pueden realizar otros.

Quedémonos centrados por el momento solo en la captación y en la colocación. Esta **captación** que hace el banco normalmente se realiza normalmente a través *del depósito*, el cual es un préstamo de dinero a plazo, en que se supone que el banco pone una tasa de interés. El banco dice “te presto \$100 en el día 1 y en el día 30 me tienes que pagar \$110, entonces me pagas con una tasa de interés de 10%”, luego el Banco tomará este dinero y ofrecerá préstamos (**colocación**<sup>9</sup>).

Entonces, la captación de dinero del público más la colocación de dinero en el público es lo que **copulativamente** hace al banco y entrega el monopolio. El negocio así, no lo puede hacer nadie más que un banco.

### Las grandes tiendas

Todas las grandes tiendas (Ripley, Falabella y París) tienen un banco. Dejemos de lado los bancos de esas entidades, porque esos bancos son personas autorizadas por la SBIF para los efectos de desarrollar este negocio. Pero Falabella, Ripley, París, hace algunos años solo tenían sus casas comerciales y no tenían bancos. Vamos un poco atrás en la historia de estas tiendas.

Cuando uno va a Falabella, celebra una compra venta respecto a un artículo determinado. Esa C-V tiene básicamente 2 obligaciones: entrega del producto y el pago del precio, que puede ser al contado o en cuotas. Si se paga al contado no hay colocación ni captación. Si se paga en cuotas ¿hay colocación? Hay más bien un crédito, que no es propiamente un préstamo, pero se posterga el pago. Y cuando se posterga el pago decimos que hay un saldo de precio, hay una obligación a plazo lo que una modalidad de la obligación.

Hasta el momento no estamos ni cerca de lo que hace el banco, porque básicamente lo que hacemos es tener una obligación de C-V de un bien tangible a plazo. Pero, en algún minuto, se le ocurrió a alguien que este negocio del pago a plazo, se va a trasladar a otra persona jurídica distinta: CMR (crédito multi rotativo). Estamos frente a una cesión de créditos, pero en realidad Falabella lo que hace es que le cobra a CMR al contado.

---

<sup>9</sup> La diferencia con los **prestamistas**, está en que estos no pueden desarrollar el negocio de la captación. Uno puede ir a un local de un prestamista y encontrar un aviso que diga “presto dinero: tráigame sus joyas y yo le hare un préstamo de dinero”, pero no puedo encontrar un segundo cartel que diga “tráiganme dinero señores, porque yo les voy a pagar una gran tasa de interés”. El dinero que utilice para realizar la colocación puede venir de su propio capital, puede venir de un préstamo, etc., pero no puede provenir de la captación, si lo hace incurre en una actividad prohibida, que en Chile además tiene sanciones residuales del derecho penal.

En los balances de Falabella, esta operación de venta de una prenda, aparece pagada al contado, lo que pasa es que no la paga el consumidor, sino que un 3° *por cuenta* de este. Y ese 3° se transforma en el acreedor del consumidor, y por lo tanto ahí hay una relación de crédito.

Cuando Falabella te dice “te vendo en cuotas”, no dice eso realmente, sino que dice “solo me puedes pagar al contado, pero si quieres pagarme en cuotas anda donde mi “hemisferio izquierdo” para que te preste dinero, y ese dinero que te presta a ti me lo pasas a mí, y me das por pagada la operación”. Entonces uno le queda debiendo el dinero a CMR y no a Falabella. En los balances de Falabella la operación aparece pagada al contado y la operación de crédito queda en CMR.

CMR tiene entonces un símil al banco: la colocación, porque CMR me presta el dinero para que lo tome y se lo pase a Falabella. Como CMR no es un banco, estas entidades lo que hacen es separar el negocio del crédito del negocio del producto. Y cuando crean el negocio del crédito, como, no son entidades autorizadas para captar dinero del público, (no pueden por ejemplo celebrar cuentas corrientes bancarias, no pueden extender un cheque, etc.) comienzan a emitir una especie de tarjeta de membresía que dice “yo pertenezco al club CMR porque soy uno más de los clientes que le pide plata prestada a CMR para poder pagar las prendas que compro en Falabella”. Esa tarjeta de membresía es lo que más tarde se denominan tarjetas de crédito extendidas por casas comerciales, básicamente robándole el nombre, por así decirlo, a las tarjetas de crédito bancarias, que hasta allí era un negocio desarrollado por los bancos.

Pero CMR todavía no ha captado dinero del público. Básicamente lo que está haciendo es captar dinero de privados o utilizar capital propio para realizar este negocio. Como el negocio de crédito aumenta respecto de la operación de venta de productos, yo voy “sacando” productos de una tienda, voy comprando productos a plazo, y lo que genero es que siempre tengo una deuda mayor, probablemente, a la cantidad de dinero que estoy pagando mes a mes en productos a Falabella. Con esto expando el negocio de Falabella porque ellos en vez de tener 100 mediante ventas al contado (que era la forma de como se hacían las ventas hasta la década del 70) hoy día vendo 1000 porque 900 los estoy vendiendo a crédito.

Eso quiere decir que CMR necesita mucho más capital que el que es capaz de prestarle Falabella. CMR utiliza el capital de Falabella y acude a terceros a pedir dinero; estos terceros son los bancos. CMR se financia con los bancos, y estos entonces ponen dinero en CMR, y esta lo coloca en sus clientes a una tasa de interés superior a la que capta el banco. El banco capta dinero acá (mi ahorro) a 1 peso, le coloca a CMR 2, y CMR me lo presta a mí a 3. CMR entonces se transforma en un intermediario de dinero, pero no intermedia dinero del público, sino que de privados.

Este tema de la captación/colocación es muy sutil y muchas veces ambiguo. Existen casos en que para obtener financiamiento, CMR emite un bono representativo de deudas, o sea, en vez de pedirle plata prestada al banco directamente, lo que hace es emitir un bono en el mercado de valores, lo vende y captura dinero del público. En estos casos, CMR está realizando lo mismo que un Banco; captar dinero del público.

Lo que hace CMR (evitando la prohibición legal) es que tiene detrás una sociedad holding, que es probablemente la que emite acciones en bolsa, y la que emite bonos y capta dinero del público. Y ese dinero del público se lo pasa a CMR y ésta a Falabella. O sea, al final llegan a tener una especie de captación/colocación de dinero del público, que ciertamente se pretende que sea monopolístico de los bancos.

Podemos ver entonces que este negocio del banco es un negocio muy profesional, muy comercial y muy regulado por una ley. El giro del banco entonces es un giro que está definido en la ley, a partir del cual se pueden desarrollar una serie de actos o contratos. Cuando el banco celebra contratos, particularmente con público, por la captación o colocación, celebra muchas veces con entidades que no tienen el giro mercantil. Yo puedo ir con mis excedentes de ahorro de mi giro civil a depositarlos en el banco, y voy a estar celebrando una operación de banco, un depósito, lo que es una operación bancaria autorizada al banco por la ley.

*Operaciones de los números 11 y 12 del artículo 3º ¿son actos de comercio formales? ¿O podemos aplicar la teoría de los actos mixtos o de doble carácter?*

Las actividades del **artículo 3º N° 10** son operaciones **formales** propiamente tales, son operaciones que no tienen un sustrato o suplente en el derecho civil, y por ello la regulación mercantil rige a todos quienes celebren letras, pagares y cheques a la orden. Por lo tanto, no hay que distinguir en cuanto a la figura o actividad principal de si es comerciante o no comerciante. O dicho de otra manera, respecto del art. 3 N° 10 no se aplica la teoría del acto mixto o de doble carácter.

En el caso del **artículo 3º N° 11**, la conclusión a la que llegan los autores es que **no son operaciones formales**, porque tienen un sustrato en el derecho civil: el depósito de dinero que yo hago como operación de banco tiene un sustrato que se llama contrato de mutuo, porque yo le presto dinero al banco y este me lo tiene que devolver con una tasa de interés, y que en su denominación bancaria es un depósito. Por lo tanto, si se acepta la teoría del acto mixto respecto de estas operaciones.

## Contrato de Transporte.

### *Introducción*

El transporte es un hecho material que tiene como finalidad trasladar bienes o personas de un lugar a otro; es algo distinto a lo que se entiende como contrato y/o acto de comercio.

El antecedente del contrato de transporte y el fundamento para que este regulado, ha sido la expansión de las fronteras que delimitaban el ámbito económico en la vida comercial esto se debe a que la economía en un principio era familiar, basada en el trueque dentro de un espacio geográfico reducido, luego se amplió siendo más social; para ser lo que es hoy en día, un comercio internacional a causa de la globalización, ha ampliado el ámbito y la extensión del comercio.

A nivel internacional, ha sido regulado en distintos instrumentos, como las Reglas de Hamburgo; Convención sobre transporte multimodal de Mercancías (1978), etc. (regula el transporte multimodal de mercancías).

Los **INCOTERMS** son siglas (costumbres aceptadas) que ha regulado la cámara de comercio con tal de imponer un lenguaje común con materias relacionadas al transporte, especialmente referidas a la distribución del riesgo que implica esta actividad y que es de suma importancia en estos contratos.

- **Ex fábrica:** el productor de cierta materia que debe ser vendida al comprador solo se encarga de producirla, el comprador debe ir a buscarla a la fábrica
- **FOB:** significa franco a bordo. El productor además de producir, debe facilitar el transporte de la mercancía al comprador.
- **CIF:** significa costo seguro y flete. No solo el productor debe trasladar la mercadería, también debe contratar un seguro y correr con los costos del transporte mismo.

Este tipo de contrato es de interés para la Administración, ejemplo de ello es la regulación detallada en el CCom., como por ejemplo el transporte público, aunque si bien Transantiago está regulado por una serie de contratos y por un diseño institucional complejo, la administración reconoce que es fundamental. (219 y 232 empresarios públicos de transporte). C. Aeronáutico (arts. 32 a 51), autorizaciones para microbuses y taxis (por ejemplo: cobro de tarifas; necesidad de registro, etc.); marco jurídico regulatorio para el transporte marítimo.

El Código Civil lo regula como un acto de comercio en el **artículo 3° N°6**, que establece: [Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos:] *Las empresas de transporte por tierra, ríos o canales navegables.*

### Clasificaciones en el contrato de transporte:

#### **1. En relación al medio en el cual se realiza:**

- a. **Terrestre:** (artículo 166 CCom.) *“El transporte es un contrato en virtud del cual uno se obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro, por tierra, canales, lagos o ríos navegables, pasajeros o mercaderías ajenas, y a entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas.”*
- b. **Marítimo:** (artículo 974 CCom.) *“Se entiende por contrato de transporte marítimo aquel en virtud del cual el porteador se obliga, contra el pago de un flete, a transportar mercancías por mar de un puerto a otro.”*

- c. **Aéreo:** “Contrato de transporte aéreo es aquel en virtud del cual una persona, denominada transportador, se obliga, por cierto precio, a conducir de un lugar a otro, por vía aérea, pasajeros o cosas ajenas y a entregar éstas a quienes vayan consignadas” (Art. 126 C. Aéreo)
- d. **Multimodal:** (artículo 1041 CCom.) contrato mediante el cual se obliga a transportar por distintos medios; “(...) El porteo de mercancías por a lo menos dos modos diferentes de transporte, desde un lugar en que el operador de transporte multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega.”

2. **Según lo que es transportado:** mercaderías, personas o mixtos:

Se someten a los mismos principios generales y reglas generalísimas del C. Com., pero tienen diferencias, que si bien son pocas en el ámbito del transporte terrestre, son reguladas de manera radicalmente detallada y separada en el ámbito marítimo, dedicando a ello el libro III del C. Com. Además, el C. Com. Regula minuciosamente el de mercaderías, mientras que el de personas solo incidentalmente. Este queda sujeto mayoritariamente a leyes especiales.

La importancia radica respecto a efectos en materia tributaria: El transporte de pasajeros está exento de IVA, no así el transporte de mercadería.

3. **Por empresarios particulares o públicos:**

El código regula de manera separada ambas sujetos que realizan esta intermediación; su importancia es que debe ser complementada con la Ley General de ferrocarriles de 1931, porque parte importante del transporte en nuestro país se realizaba a través de ferrocarriles, por tanto el código en el ultimo articulo del titulo que regula a los empresario públicos de transporte “estas reglas no derogan en caso alguno a la ley de policía de ferrocarriles” (ley anterior a la LGF).

Por tanto el código de comercio se ve complementado por ambas leyes. materia de libre competencia en cuanto a la concesión y resguardo de actividades monopólicas y del peligro que esta actividad representa (Ej: expropiación para vías). La actividad de los ferrocarriles en general presentan son un monopolio natural (concentración de la actividad en un mismo sujeto, principalmente por un criterio de eficiencia); debido a ello por tener una legislación detallada en materia monopolica en ferrocarriles y además porque presenta posibilidad de expropiación, lo que también está regulado con mayor detalle en la ley general de ferrocarriles

### **Naturaleza jurídica del contrato de transporte**

Existen dos posturas al respecto:

1. **Sandoval y Olavarría:** es un contrato civil que participa de un **contrato de arrendamiento de servicios y además de depósito**. De arrendamiento de servicios: porteador se obliga a trasladar mercaderías de un lugar a otro (Artículo 2013 CC), y de depósito porque el porteador recibe las mercaderías, las tiene cierto tiempo y se obliga a devolverlas. (Artículo 2211 CC).
2. **Palma:** dice que el art. 167 (*El transporte participa a la vez del arrendamiento de servicios y del depósito*) es una declaración de principios que se pudo haber suprimido perfectamente (dicho artículo tiene como finalidad explicitar las reglas supletorias que resultan aplicables, que provienen del CC) y que es sui generis con caracteres propios y por ello no debe ser asimilado al contrato de arrendamiento de servicios y de depósito.

Ya sea un contrato civil o un contrato sui generis, la regulación supletoria siempre será el CC, según el art. 2º del CCom. Esto es importante porque cuando se define el contrato de transporte como un contrato civil, a la vez decimos que la actividad que realiza el porteador no es considerado como un acto de comercio aislado. Lo que el código y la teoría mayoritaria, sostienen que se necesita un actividad empresarial, con caracteres de habitualidad y subordinación de otros dependientes para la realización del contrato de transporte para que pueda ser considerado como acto de comercio.

### **Intervinientes:**

#### **1. Terrestre:**

- a. Cargador/Remitente-Consignatario (encarga el transporte);
- b. Porteador-Transportador (tierra)/Patrón-Barquero (agua) (realiza el transporte);
- c. Consignatario (recibe la mercadería, a quien se le destina la mercadería).

\*La cantidad que el cargador o el consignatario están obligados a pagar por la conducción se llama *Porte*.

#### **2. Marítimo:**

- a. Contrato de Fletamento: Cuando el dueño (fletante) o armador de una nave la pone a disposición de otro para que la use según su conveniencia dentro de los términos estipulados. Quien la usa la nave: "fletador"
- b. Contrato de Transporte Marítimo: A la nomenclatura terrestre agrega la de "Porteador-Transportador Efectivo": a quien el Porteador ha encargado la ejecución del transporte marítimo. Figura especial que es el transportador efectivo (es un tercero que utiliza la nave para el transporte de mercadería).

### 3. Multimodal:

- a. Operador: Toda persona que actúa a nombre propio o por mandatario y que celebra un contrato de transporte multimodal; actúa como principal y asume la responsabilidad del cumplimiento del contrato.
- b. Expedidor (cumple una función de colaboración con el Operador): Persona que efectivamente entrega las mercancías al operador o ha celebrado con él un contrato multimodal.
- c. Consignatario: Persona autorizada para recibir las mercancías.

### 4. Aéreo:

- a. Explotador: Persona que utiliza la nave con o sin fines de lucro, conservando su dirección técnica. Se presume explotador al propietario de la nave.
- b. También encontramos el contrato de *Fletamento* de aeronaves.
  - i. Cargador: es quien deposita la mercadería en el porteador
  - ii. Porteador o transportador (si es por tierra) / patrón o barquero (si es por mar)
  - iii. Consignatario

### Características del contrato de transporte:

1. **Consensual**: Es discutido a nivel de doctrina, pues hay un documento en el contrato de transporte denominado *carta de porte*, que es un documento privado que representa la escrituración del contrato de transporte entre el cargador y el porteador.  
En base al art. 173 CCom algunos han dicho que es una solemnidad para que el contrato tenga existencia en la vida jurídica, sin embargo los arts. 177 y 179 desmienten esta afirmación. No es una solemnidad del contrato, sino que sólo sirve como su medio probatorio por excelencia, pudiendo probarse por las reglas generales si no existiera. (Se regula en los arts. 173, 177 y 179 del C. Com.)
2. **Bilateral**. En el sentido de que genera obligaciones tanto para el cargador como para el porteador. Pero el consignatario es un tercero que no participa en este contrato, pero si tiene derechos y obligaciones respecto de lo que vaya a pasar con este contrato. Sin embargo hay excepciones: Consignatario es el mismo que el cargador; o cuando es lo mismo que la mercancía que hay que transportar (contrato de pasajero)  
Surgen obligaciones para ambas partes (*Obligaciones principales*: entregar la cosa y pagar el precio (cargador-consignatario) y efectuar el transporte (porteador))
3. **Oneroso**: ¿Qué pasa si el contrato de transporte se hace de forma gratuita? ¿se podría considerar entonces un acto de comercio? En sí hay un interés de lucro inmediato, pues el interés de lucro (sentido económico) es característico de cualquier acto de comercio.
4. **De tracto sucesivo**: Hay uniformidad en la doctrina con respecto a que no es un contrato de ejecución instantánea, sin embargo *se discute si es de tracto sucesivo o de ejecución diferida*. **Sandoval** dicen que es de tracto sucesivo, pues sostiene que las prestaciones que tiene que hacer el porteador se van renovando día a día. En contrapartida, **Barroileth y Díaz** dicen que es de ejecución diferida al haber un lapso de tiempo entre el momento en que deposita la mercadería en el porteador hasta que el porteador efectivamente entrega las mercaderías al consignatario (posición de la cátedra).
5. **Es por regla general, un contrato intuitu personae**: según lo establecido en el Art. 191. Sin embargo, Palma sostiene la tesis contraria en base al art. 168, que establece la figura del **subporteador**. El porteador podría contratar a un tercero que cumpla su obligación, el cual se denominará sub porteador. Palma sostiene que si el código permite esta figura, entonces la persona del porteador no es fundamental en el contrato.
6. **El cargador puede rescindir el contrato a su sola voluntad (art. 169 del CCom)**: Es una

facultad unilateral del cargador, viene a contravenir el art.1545 del CC.

En el inciso 2° del art. 169 se establece la figura del **falso flete** (el cargador pagara al porteador la mitad si es que rescinde el contrato antes de haber empezado a ejecutar la prestación; de haber empezado se paga la totalidad pero se devuelve las mercancías). Se protege el vínculo entre el cargador y el porteador en el art.182.

### Contrato de Transporte Terrestre

El concepto “terrestre” es considerado en **términos amplios**; incluye ríos, canales y lagos. Sin embargo el art. 3° del CCom no dice nada sobre los lagos, pero el art. 166 que define este contrato, da a entender que es así, sólo fue una omisión voluntaria del legislador.

La actividad de quien trasporta la mercadería tiene que ser empresarial, la única definición en la legislación comercial sobre qué se entiende por actividad empresarial está en el inc. Final del art. 166 “*El que ejerce la industria de hacer transportar personas o mercaderías por sus (i) dependientes asalariados y en (ii) vehículos propios o que se hallen a su servicio, se llama empresario de transportes, aunque algunas veces ejecute el transporte por sí mismo*”. Dos elementos que debe tener el empresario de transporte para ser considerado como acto de comercio.

### **Obligaciones de las partes**

#### A. Cargador (remitente):

- i. Entregar la mercadería
- ii. Entregar los documentos necesarios para el libre tránsito de la carga
- iii. Pagar el porte convenido

#### B. Porteador (transportista)

- i. Recibir las mercaderías
- ii. Conducir las mercaderías
- iii. Custodiar las mercaderías
- iv. Entregar las mercaderías en el lugar convenido

#### C. Consignatario (destinatario)

- i. Las correlativas a los derechos del porteador
- ii. Otorgar al porteador recibo de las mercaderías
- iii. Pagar el porte y gastos en caso que haya transcurrido el plazo del art. 211 (24 hrs).

### Elemento objetivo esencial de este contrato:

Obligación asumida por parte del porteador de transportar las mercaderías o personas de un lugar a otro (Sandoval)

1. Debe hacerlo por sí mismo, y si no lo hace, responde por los perjuicios (art. 191)
2. Se trata de una obligación de resultado (responde por culpa leve y se presume culpa. Art. 207)

**CS, 2008:** *Las obligaciones principales del porteador –entendiendo por aquellas a las que nacen directamente del contrato celebrado y realizado en formas normales– son: 1º Recibir las mercaderías que deberán ser conducidas 2º Cargarlas según el uso de personas inteligentes; 3º Conducir las mercaderías al lugar de su destino; 4º Custodiar y conservar las mercaderías y 5º Entregarlas al consignatario.*

### **¿Cuándo el transporte terrestre es mercantil?**

#### ***¿Quién es el empresario? ¿A quién se refiere el art. 3º N°6?***

Como ya vimos, se trata de un acto de comercio regulado para el porteador.

En este sentido, el profesor **Sandoval** resume claramente los requisitos para que este contrato sea mercantil para el porteador: (a) Que ejercite la actividad de conducir personas o mercaderías ajenas; (b) Con vehículos propios o que estén a su disposición; y (c) Que esté organizado como empresa de transportes.

Entonces ¿cuál será la situación del cargador? ¿Será civil o mercantil el acto para él? Depende de la profesionalidad y habitualidad que ejerce el comercio.

El **artículo 171 CCom.** establece: *“Las disposiciones del presente Título son obligatorias a toda clase de porteadores, cualquiera que sea la denominación que vulgarmente se les aplique, incluso las personas que se obligan ocasionalmente a conducir pasajeros o mercaderías.”* ¿Cómo debemos interpretar este artículo?

Parte de la doctrina ha malinterpretado este artículo, pues dice que está en contradicción con el art.166. Al respecto, la Corte Suprema (1972) ha señalado: *“No es contrato de trabajo sino de transporte el que celebra una empresa con taxistas para que transporten diariamente a las personas que ella señala, pagándose una tarifa determinada a base del kilometraje recorrido diariamente, siendo de cargo de esos contratistas de transporte, los taxistas, los daños y deterioros que sufran los vehículos, como asimismo los gastos que demande su conservación.”* Se destaca el elemento empresarial.

Sandoval sostiene que en esos casos **el transporte es un acto civil**, regulado por el C. Com., que por ello no pierde la calidad de civil (lo que es coherente con su tesis sobre la naturaleza jurídica del contrato de transporte; arrendamiento de servicios más contrato de depósito).

### **Contrato de Transporte Marítimo**

Se puede clasificar de distintas maneras.

#### **I. Contratos para la explotación comercial de naves (Art. 927.1 C. Com.)**

##### **(i) Contrato de Fletamento (Art. 927.2 C. Com.)**

- a)** Fletamento por tiempo (Art. 934 C. Com.)
- b)** Fletamento por viaje: (Art. 948 C. Com.)
- c)** Fletamento a casco desnudo (Art. 965 C. Com.)

##### **(ii) Contrato de Transporte Marítimo propiamente tal (Art. 927.3 y 974 C. Com.)**

Características:

1. Es **bilateral**
2. Es **oneroso**

3. Es **conmutativo**
4. Su **objeto** es el transporte de mercaderías por vía marítima
5. Es **consensual**. Se llama póliza el documento que escruta el contrato y tiene solo valor probatorio. La póliza es el único medio por el cual se puede probar que estamos ante un contrato de fletamento y no ante un contrato de transporte marítimo, si no existe esta póliza, se entiende que el contrato de fletamento degenera en uno de contrato de transporte marítimo. En el caso del contrato de transporte marítimo el documento se llama conocimiento de embarque y se regula en el art. 977.
6. Es **por adhesión**
7. Art. 929 dice que la **regulación es imperativa** para las partes, por lo que no pueden modificar en lo sustancial lo establecido por el código.
8. **Siempre es un acto mercantil**, según el principio de que el mar mercantiliza los actos (principio de lo accesorio importancia para el transporte fluvial).

### ***Ámbito de legislación aplicable.***

El artículo 979 se aplica en la siguiente prelación: para interpretar la legislación aplicable se recurre en primer lugar a la voluntad expresa de las partes, y ante la ausencia de ella se aplica el número N°1 y N°3 del 979.

#### **Principios aplicables para determinar legislación aplicable**

(1) Principio de lo accesorio y (2) principio de especialidad, en la medida que el transporte marítimo está regulado de manera separada del transporte terrestre y el transporte aeronáutico.

Regulado en el libro III de CCom, que fue modificado por la convención de Hamburgo. En su título V se regula los contratos de explotación de naves.

### **Contrato de Transporte Aéreo**

Se encuentra regulado en el **Código Aeronáutico**. En el ámbito internacional, el cuerpo normativo más importante es el **Convenio de Varsovia** (1929).

Se distingue entre contrato de fletamento y contrato de transporte aéreo

Se discute si se trata o no de un “acto” de comercio para el transportador pues en el art. 3 no se dice nada del contrato de transporte aéreo, por eso se discute si este es o no un contrato mercantil.

**(1) Puga:** A falta de norma expresa, se trata de una actividad civil;

**(2) Sandoval:** El transporte aéreo es comercial, pues se asemeja al marítimo, siendo su normativa aplicable a falta de norma expresa (aplicación del art. 6° del C. Aéreo).

### Artículo 3 N° 7 Código de Comercio:

Esta norma mezcla **cuatro tipos de empresas** distintas:

- (i) Las empresas de depósito de mercaderías
- (ii) Provisiones o suministros
- (iii) Las agencias de negocios
- (iv) Los martillos

Vamos a revisar estas cuatro tipos de empresas consagradas en este numeral del artículo 3° señalando las cosas más importantes de cada una de ellas.

#### **i. Empresas de depósito de mercaderías:**

El contrato de depósito está regulado en el CC (artículo 2211 y ss.), esto nos lleva a afirmar que el contrato de depósito es un contrato civil. Podemos entender al **depósito** como el *contrato mediante el cual el depositante le confía el cuidado, la custodia de una cosa mueble a otra, la cual tiene la obligación correlativa de restituir.*

El depósito es civil, pero las empresas de depósitos son un acto de comercio regulado en el artículo 3° del Ccom; por tanto no importa el depósito en sí, sino que importa la actividad empresarial. Además de esta exigencia empresarial para mercantilizar el acto, se exige que dicho depósito debe ser un depósito de mercaderías.

A su vez entendemos por **mercaderías** a *bienes muebles que son objeto de compra y venta* (la mercadería se caracteriza por el elemento primordial de intercambiabilidad). En resumen por tanto, es un acto de comercio cuando es imputada a un empresa que ofrece una intermediación de productos entre esta y los consumidores.

#### ***Almacenes Generales de Depósito***

Dentro de las empresas de depósito de mercadería hay un supuesto especial que son los almacenes generales de depósito que están regulados en la **Ley N° 18.690** (tiene una relación género- especie). El concepto de almacén general de depósito está definido en el artículo 3°, lo de estas empresas es que se denominan en la práctica “**almacenes warrant**” a los cuales podemos entender como un sistema de garantía que a su vez, permite que las personas que tienen cosas en sus depósitos, pueden utilizar dichas mercaderías como garantía para obtener financiamiento o crédito. El concepto de “warrant” según la SBIF (superintendencia que supervigila a estos almacenes generales de depósito) es un título de crédito emitido por un almacén general que permite al tenedor constituir una prenda sobre las mercancías depositadas a fin de tener un crédito bancario.

El contrato de almacenaje (nombre que se da a este contrato especial en la Ley N° 18.690) se perfecciona por la entrega de dos documentos: **(i)** el certificado depósito y **(ii)** el vale de prenda (o warrant).

---

<sup>1</sup> Artículo 3° Ley N° 18.690: “*Son almacenes generales de depósito o almacenes los establecimientos, recintos, depósitos o contenedores destinados a recibir o guardar mercaderías y productos con arreglo a las disposiciones de la presente ley, sean éstos de propiedad del almacenista o de otra persona*”.

La perfección de este contrato se realiza con estos dos documentos, por ende no existe el contrato si no están ambos. La importancia de que sean dos documentos (y no sólo uno) es que se pueden ceder o vender el certificado de depósito a una persona y el vale de prenda a otra.

Por tanto se podrían dar por ejemplo las siguientes hipótesis:

- (1) Puedo **vender el certificado de depósito** a una persona, comprando esta última con gravamen dicha mercadería (al existir un vale de prenda sobre él)
- (2) Puedo **vender el vale de prenda o warrant** dejando de esta manera como garantía el depósito con el fin de obtener financiamiento bancario (en este caso la persona sigue manteniendo en su poder el certificado de depósito).

(Si vende ambos documentos a una misma persona no se gravan los bienes, pues no hay garantía alguna constituida a favor de ningún 3ero, puesto que sigue manteniendo el vale de prenda).

Es importante señalar acá que tanto la transferencia del dominio como la constitución de prenda se realizan mediante endoso (firma al reverso del documento). También las especies depositadas son inembargables y el producto del remate es inembargable hasta el monto que corresponde pagar al acreedor prendario (súper preferencia artículo 16).

El banco por otra parte no aceptará cualquier almacenaje de depósito para financiar. La Ley N° 18.690 distinguen dos categorías de almacenamientos: (i) almacenero categoría A, es más serio, cumple con todas las obligaciones establecidas por la Ley por lo que se aceptan los créditos emitidos; y el (ii) almacenero categoría B no cumple con todas las obligaciones establecidas por ley por lo tanto no valen como vale de prenda ante las instituciones financieras y bancos, (no obsta que pueda obtener financiamiento ante una persona natural.)

#### **Dentro de las características generales de almacenes warrant encontramos:**

- (1) Se encuentran sujetos a la supervigilancia de la SBIF
- (2) Puede ser una persona jurídica o natural
- (3) Deben estar inscritas en un registro de la SBIF
- (4) Deben tener un patrimonio mínimo para efectos de seriedad
- (5) Para efectos de financiamiento bancario se distingue entre clase tipo A y B.

Las empresas generales de depósito reguladas en la Ley N° 18.690 no son las únicas empresas de depósitos. Por un lado el Ccom reguló los almacenes de comercio anteriormente a la existencia almacenes generales de depósito (la Ley es posterior a la dictación del Ccom). (Inclusive la Ley N° 3.896 - que es la Ley que regulaba anterior esta materia- también era posterior a la dictación del Ccom.)

#### **2. Empresas de Provisiones y Suministros:**

Al igual que en el caso anterior, es importante el elemento empresarial ya que de lo contrario no se considera como acto de comercio. Se discute en la doctrina si *provisiones* equivale *suministros* o no.

**Palma** (doctrina clásica), establece que serían conceptos iguales diciendo que dichas empresas son aquellas que tienen por objeto suministrar cosas muebles mediante un contrato en el que una proveedor se compromete a entregar a otra persona por cierto tiempo los objetos destinados para satisfacer una necesidad, por el precio de un pago. En resumen se referirían ambos conceptos a empresas que suministran bienes muebles para satisfacer una necesidad.

Por otra parte, para la **doctrina contemporánea** son conceptos distintos. Mientras que el de provisión se refiere a bienes corporales muebles, el del suministro se refiere a la producción de servicios inmateriales, como la electricidad, gas, etc.

(En relación a las provisiones se puede decir que si el proveedor es, a su vez, el mismo sujeto que produce; no hay mercantilidad puesto que falta el elemento de intermediación, su giro no sería proveer, sino que sería producir.)

Por otra parte la **provisión** es similar a la compra mercantil. Sin embargo la empresa de provisión y la compraventa mercantil se diferencia en que: **(i)** la c-v mercantil es singular, mientras que la provisión es continua (se firma un contrato para validar la continuidad temporal de la provisión); **(ii)** la c-v mercantil le vende al consumidor genérico, mientras que en el contrato de provisión el consumidor es uno individual (sin perjuicio de que la empresa de provisión pueda celebrar múltiples contratos de provisión).

Las empresas de suministros prestan servicios inmateriales (Ej. Luz, agua, teléfono). Además hay que mencionar que la empresa de suministro habitualmente produce lo que suministra (a diferencia de la provisión en donde no la empresa no es productora).

En el caso de suministro también es discutible si son servicios de carácter mueble o inmueble. También se discutió en Chile si la telefonía era o no empresa de suministro. En un fallo de CA de 1899, se establece que el suministro de telefonía no era una empresa de suministro como tal, ya que a la hora de la dictación del Ccom, no existía el teléfono (esta visión ha sido superada).

Finalmente hay una discusión con respecto a si se pueden prestar otro tipo de servicios en las empresas de suministros, como en la empresa de correos, guardia de seguridad, etc. La jurisprudencia rechaza a estos como empresas de suministro, debido a la definición dada por la RAE de la palabra suministro. Ante ello se excluye de la actividad mercantil de suministro dichos servicios.

### **3. Agencias de Negocios:**

El concepto no está definido en la Ley. Lo entendemos como una **organización de negocios**, (no basta con ser un mero agente, sino que el carácter organizacional es sumamente importante) **que se dedica a promoción, asesoría en negociaciones y en negocios** (tales son Bancos de Inversión o corredoras de bolsa o agentes de valores que actúan como promotores de negocios.)

**Puga** señala que no son corredores ni comisionista en el sentido estricto de la palabra, pues no cumplen con tales requisitos. En general se encargan de promover y asesorar negociaciones como operaciones de negocio en todo el ámbito que no está cubierto expresamente por la comisión y correduría.

Constituyen una actividad mercantil independiente a los negocios que se dedique. Para ser considerada

como agencia de negocios hay que analizar caso a caso si efectivamente cumplen con los requisitos para ser un negocio considerado dentro de la actividad mercantil. Se discute si las agencias de empleos, las agencias de publicidad, las agencias de mudanza, las oficinas de información comercial son o no agencias de negocios). **Olavarría y Palma Roger** señalan que sí, pero la posición de Puga parece más correcta. En el caso de las agencias de empleos, el empleo no es un negocio en sí mismo. Las oficinas de información comercial prestan un servicio, las agencias de publicidad promueven una empresa en particular, sin perjuicio de que una buena publicidad pueda ampliar su negocio.

Las agencias de negocios están **gravadas con IVA**, (es importante para la empresa determinar si es o no una agencia de negocio para ver si debe pagar este tributo o no) estando bajo la vigilancia de la superintendencia de Servicios de Impuestos Internos. La **Dirección Nacional de SII** define a las agencias de negocios como *una empresa que supone una organización estable, que puede prestar servicio a distintas personas a la vez y cuyo objetivo es facilitar a sus clientes la ejecución de sus negocios, a través de la prestación de una serie de negocios de la más variada índole, tanto civiles como mercantiles, pudiendo realizar por sí mismos la operación encargadas pero por cuenta ajena.*

El concepto es sumamente amplio abarcando casi todos los servicios existentes; sin embargo hay unas **limitaciones** que permiten discernir y discriminar cuándo estamos en presencia de una agencia de negocios:

- (1) Debe ser una empresa abierta al público, debe de ofrecer al público general sus servicios.
- (2) Deben ser empresas de gestión o administración de bienes y negocios ajenos. Son empresas de mediación para facilitar la conclusión de los contratos, todo ello a cambio de un precio o remuneración (se excluye de esta manera las actividades referidas en materia civil, como las jurídicas, mineras, agricultura y las referidas profesiones liberales -abogados-)
- (3) Además no se consideran agencias de negocios si son empresas prestan servicios intra- holding (dentro de un mismo grupo económico que tiene el mismo dueño). A su vez se excluye de dicha categoría (interpretando a contrario sensu), aquellas empresas que no ofrecen abiertamente sus servicios al mercado (prohibición contractual de ofrecer servicios al mercado).

#### **4. Martilleros Públicos:**

Para el Ccom eran funcionarios públicos, pero para la **Ley N° 18.118** cambió dicha apreciación. En su artículo 1° señala que *“son martilleros las personas naturales o jurídicas inscritas en un registro en conformidad a esta ley, para vender públicamente al mejor postor toda clase de bienes corporales muebles. Las ventas en pública subasta en que corresponda intervenir a la justicia ordinaria y a los jueces árbitros, se regirán por las disposiciones legales que les son aplicables. Los martilleros podrán ejercer su actividad en todo el territorio de la República.”*

Se distinguen entre **dos clases**: los públicos y los privados. Los públicos son aquellos inscritos en el registro de la Ley mencionada, mientras que los privados no lo están.

No hay monopolio respecto del martillo en Chile, (aunque sí hay cierto monopolio al respecto, en el sentido de que para ser martillero en un juicio civil o ejecutivo, se debe ser martillero público, por tanto debe estar registrado.)

El martillo va a ser mercantil no por la naturaleza del bien que vende, sino porque la esencia de la actividad misma del martillero es mercantil.

### Operaciones sobre letras de cambio, cheque y pagaré (artículo 3° N° 10)

Se encuentran reguladas en dos cuerpos normativos principalmente. El Código de Comercio regulaba las letras de cambio, pero gran parte de esa regulación se derogó con la dictación de la (i) **Ley 18.092** que regula íntegramente las letras de cambio y el pagaré que lo regula en tres artículos; y el (ii) **DFL N° 707** que regula las cuentas corrientes bancarias y los cheques. No nos meteremos mucho en el análisis histórico, pero cabe notar que a estos actos de comercio se les llama **actos de comercio formales o absolutos**, porque su mercantilidad es precisamente absoluta. Estos actos son actos de comercio, sin perjuicio de que quien lo realice no sean comerciantes. Y, por lo tanto, en estos actos de comercio no se aplica la teoría de los actos mixtos ni la teoría de lo accesorio, porque estos son actos absolutamente mercantiles (son actos de comercio absolutos, objetivos y universales). En la tesis de Puga el artículo 3° no regula actos de comercio objetivos, sino que más bien regula actividades de los empresarios. Y acá vemos que estamos hablando de operaciones, no de actividades económicas. El fundamento histórico de esto según Puga, es que la letra de cambio, en su momento, era el instrumento bancario por excelencia desde el surgimiento del derecho comercial moderno en la Baja Edad Media. Y porque en definitiva era un instrumento que era utilizado para pagar y otorgar créditos por parte de estos “Bancos” y era extremadamente relevante para efectos del incipiente comercio medieval. Entonces de alguna manera su importancia se asocia al surgimiento mismo del derecho comercial moderno. Sin perjuicio de esto, se le reconoce legalmente como acto de comercio formal o absoluto, por primera vez, en el Código de Comercio 1808, en el artículo 632, que dice que serán actos de comercio para todas las obligaciones.

Ahora bien, el artículo 3° N° 10, señala que son actos o comercio para una o ambas partes, las operaciones sobre letras de cambio, pagarés y cheques, sobre documentos *a la orden*.

Los títulos valor pueden clasificarse en (i) **nominativos**, (ii) **a la orden** o (iii) **al portador**. El elemento importante en estos actos de comercio formales, es su cesibilidad, porque en definitiva así se vuelven relevantes para el tráfico comercial. Entonces, ¿qué pasa con los **títulos nominativos**? Como existe este argumento histórico de que lo que es importante aquí es la cesibilidad del título, y como bien dice Puga, los nominativos no vienen del derecho comercial sino que del derecho romano, entonces, en esos casos, no estamos frente a casos de actos de comercio formales en el sentido del artículo 3°, número 10. Los títulos nominativos son actos civiles. En el caso de los **títulos al portador** se cede con la sola entrega del título; entonces se entiende que la noción a la orden incluye también el título al portador, por ser uno de cesibilidad aun más simple.

Con todo esto hay una trampa, porque la Ley sobre letras de cambio y pagaré (que se aplica a estas dos figura, y a su vez, supletoriamente a los cheques) señala en su artículo 18 que la letra de cambio, *aún la no librada expresamente a la orden*, es transferible por endoso. Lo que quiere decir este artículo, es que aunque yo no diga que la letra de cambio (y por extensión el pagaré o el cheque) es a la orden, se entiende que es a la orden, salvo que yo ponga una cláusula en la letra de cambio que diga que no es endosable (**cláusula “no endosable”**), transformándose en un título nominativo.

En el caso de los cheques eso es más patente, porque en Chile no es como en otros países donde

se permite que uno puede emitir su propio cheque. En Chile los cheques sólo los emiten los Bancos, y el Banco no puede emitir cualquier cheque; la ley estipula expresamente que el cheque es un formulario que tiene que contener ciertas menciones. El cheque dice “páguese a”, “la orden de” o “al portador”. Si yo no borro ninguna de esas menciones, se entiende que es al portador. Si yo borro al portador, se entiende que es a la orden. Y si borro a la orden y al portador, se entiende que es nominativo porque el cheque dice “páguese a”. Resulta que para transformar ese título de crédito, que por naturaleza es endosable (y en el caso del cheque, que por naturaleza es al portador), para que deje de ser un acto de comercio formal, yo tengo que realizar actos positivos (borrarle menciones al cheque que ya están escritas, y que tienen que estar porque el DFL las señala dentro de las menciones del cheque).

Como las menciones del cheque están dadas por ley, se entendía que este título no podía otorgarse “en garantía”, puesto que esta mención no estaba en el DFL. Se entiende que ese no es un cheque, porque el cheque es un instrumento de pago, no un instrumento de garantía. Sin embargo, lo relevante es que en el caso de las empresas de seguro, habría que reconocer que estos actos de comercio son formales, y que regulan operaciones y no actividades económicas del empresario.

Acá estamos hablando de actos jurídicos, no de una actividad económica. Y eso significa tres cosas:

- 1) Las operaciones de letra de cambio, pagaré y cheque, a la orden o al portador, **siempre será mercantil**, sea quien sea que intervenga.
- 2) En estos actos no se aplica ni la teoría de los actos mixtos ni la teoría de lo accesorio.
- 3) El deudor civil, por girar una letra de cambio, no se transforma en comerciante, aun cuando la operación sobre la letra de cambio va a ser comercial, Esto sin perjuicio que si es comerciante quien realiza alguno de estos actos, por supuesto que seguirá siendo comerciante.

## Letra de Cambio

La letra de cambio nace relacionada a lo que se llamaba el **contrato de cambio**, que era un contrato donde una persona daba una orden de que a otra persona se le iba a pagar X cantidad de dinero en un lugar distinto. De esta manera, se evitan los riesgos de que el comprador tenga que transportar el dinero, y el vendedor se asegura respecto a dónde le tienen que pagar y cuándo tiene que llegar a llevar el producto (hasta dónde se hace responsable por el riesgo; dónde es exigible el pago). El elemento clave del contrato de cambio era eso (*distancia loci*). La letra de cambio era la forma en que ese contrato se ejecutaba, porque la letra de cambio decía “yo le doy la orden a mi sucursal que le pague a X la cantidad de X el día X a la hora X”. Y claro, teniendo ese contrato de cambio que establecía las distintas obligaciones del transportista, del cargador, etc, pero la letra de cambio era mucho más simple, pues establecía la orden de pago (que podía ser a uno mismo; “yo me ordeno pagarle a X”).

Esta letra de cambio era dependiente de la existencia del contrato de cambio, pero posteriormente se separaron. El contrato de cambio sigue existiendo en el Código de Comercio (artículo 620), pero se separaron, lo que significa que uno puede emitir una letra de cambio sin tener que existir un contrato de cambio. Y se eliminó el elemento de la *distancia loci*, lo que significa que yo puedo emitir una letra de

cambio en Santiago para que se cobre en Santiago. Lo que significa que, sin perjuicio de su utilidad, especialmente en los contratos de transporte internacional, ahora su importancia se trasladó en utilizarlo, primero, como instrumento de pago, y segundo, como instrumento de crédito.

La **letra de cambio** está en su totalidad regulada en la Ley 18.092, que de hecho le dedica 106 ó 107 artículos. Teóricamente, sus intervinientes son:

- 1) **Librador:** Quien emite el documento
- 2) **Librado:** Quien tiene la orden de pagar
- 3) **Aceptante:** Quien acepta pagar la letra
- 4) **Beneficiario:** A quien se le paga la letra

Pero en la práctica, son al menos dos, porque el librador puede también ser, a la vez, el librado y el aceptante. El aceptante y el librado son la misma persona; lo que pasa es que el librado existe en un supuesto en que el librado y el librador sean personas distintas. Entonces, por ejemplo, si el título dice “Se le da la orden a Juanito Pérez de pagar 1000 pesos en favor de Pedro Pablo”, en ese supuesto, el librado es Juanito Pérez, el obligado a pagar. Pero él sólo va a estar obligado a pagar en el momento en que acepte la letra de cambio; mientras no la acepte, el obligado a pagar será el que giró la letra de cambio. Es decir, se distingue entre la persona que está designada como obligada de la persona que está efectivamente obligada.

El beneficiario, que es en favor de quien se gira la letra de cambio, pero podemos agregar otro sujeto, que es el **titular legítimo**. Esto porque las letras de cambio, por naturaleza, son a la orden, y el beneficiario puede querer vender la letra de cambio. Entonces tiene que endosarla y vendérsela a alguien (a Fulanito), Entonces la letra de cambio va a quedar con su beneficiario (Pedro Pablo), pero además va a quedar con un endoso que dice que el titular legítimo de esa letra ya no es Pedro Pablo, sino la persona a la cual Pedro Pablo le vendió la letra, Fulanito. Pero, en definitiva, cuando la letra no ha sido cedida por endoso (no ha entrado en circulación), el beneficiario es el mismo que el titular legítimo, pero cuando la letra entra en circulación dejan de ser el mismo.

### **Pagaré**

El que se compromete a pagar es una persona, y es el **único obligado**. Lo único que dice el pagaré es “Yo, reconozco que le debo a X, Q cantidad”. Y hay otra persona que firma al lado como aval. Pero es un acto totalmente unilateral<sup>10</sup>. Esta otra persona es un interviniente en un sentido económico, pero no en sentido jurídico, porque no participa de la letra de cambio ni del pagaré. Aquí hay una sola persona<sup>11</sup>.

### **Cheque**

Es una orden que le entrego a un Banco para que pague una determinada suma de dinero con

---

<sup>10</sup> Y aunque hubieran codeudores, se considerarían como una sola parte, un sólo deudor; hay un solo suscriptor en términos del pagaré, pese a que ese suscriptor sean muchas personas.

<sup>11</sup> El pagaré es independiente de su negocio causal; así por ejemplo, si el contrato tiene algún vicio, el pagaré no se anula. Si hubiera que revisar el cumplimiento de cada negocio causal, el pagaré perdería en gran parte su utilidad (nadie compraría el título de crédito).

todo o parte de lo que yo tenga en una cuenta corriente bancaria, lo que significa que aquí, primero, el librador es el que gira el cheque. El aceptante es el Banco, que está obligado a pagar. Y el beneficiario puede ser cualquiera, incluso yo mismo. Acá es requisito que participe un Banco, que exista un contrato de cuenta corriente bancaria con ese Banco, y tiene que haber fondo disponible para pagar (saldo positivo o línea de crédito pre aprobada). Faltando fondo se protesta el cheque; y cuando se giran cheques sin fondos, hay giro doloso de cheque.

Las operaciones para cada título valor se muestran en la siguiente tabla:

| <b>Letra de cambio</b>                                                            | <b>Pagaré</b> | <b>Cheque</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------|
| Giro (es lo que hace el librador)                                                 | Suscripción   | Giro          |
| Aceptación (que es lo que hace el aceptante)                                      | Endoso        | Endoso        |
| Endoso (lo hace el endosante que puede ser el beneficiario o el titular legítimo) | Aval          | Cancelación   |
| Aval (en caso que un tercero garantice la obligación del librado)                 | Pago          | Pago          |
|                                                                                   |               | Protesto      |

## Empresas de seguro (artículo 3° N°9)

El seguro **terrestre** está regulado en el artículo 3 N° 9, y el **marítimo** en el 3 N° 16, y hay otras normas especiales sobre seguros que están regulados en otras normas, por ejemplo hay normas especiales sobre seguro de vida que están reguladas en el Código de Comercio, en el Código Laboral está el seguro de accidente laboral, el seguro de invalidez está en el DL 3500, el seguro obligatorio de accidentes personales (para todos los autos) y que también tiene regulación especial, etc. Pero la regulación básica es la del artículo 3°, sin perjuicio de que haya otras normas que permiten ampliar el concepto.

Como dice el 3 N° 9, *son actos de comercio para una o ambas partes las empresas de seguro terrestre a prima, incluso aquellas que aseguran mercaderías transportadas por canales o ríos*. Tiene que ver esto con que el Código de Comercio regula como terrestres incluso las cosas que no son propiamente tal, como el transporte por ríos. Lo importante, es que se refiere a **empresas** de seguro, que es algo que no está en el 3 N° 16. Pero en realidad, pareciera que en todos los casos se exige el elemento empresarial, porque para poder ser un asegurador en Chile uno tiene que constituirse como una compañía de seguros, y las compañías de seguros según la Ley de Seguros, solamente pueden ser sociedades anónimas especiales que están sujetas a autorización e inscripción bajo la Superintendencia de Valores y Seguros. Y veremos que la Sociedad Anónima es siempre mercantil. O sea, en definitiva, pareciera que se exige el elemento empresarial en todos los casos de seguro.

El artículo 3° N°9, se refiere al acto de comercio para la empresa: para la empresa de seguro siempre va a ser mercantil el seguro, pero para el asegurado, que es la persona que contrata el seguro para asegurar un riesgo (para proteger cierto bien) va a ser civil o mercantil de acuerdo a las reglas generales, y eventualmente si es una empresa mercantil o un comerciante quien contrata el seguro, entonces el seguro será mercantil. Entonces por un lado siempre será mercantil para la empresa aseguradora, pero dependerá si será mercantil o no para el asegurado.

### **Características** (artículo 512)

- a) Es **bilateral** porque hay un asegurador y un asegurado. En el caso del *seguro de vida* el beneficiario no puede ser el asegurado, es un tercero; es un caso clásico de estipulación en favor de un tercero, en que el beneficiario no está obligado a recibir lo que se estipula.
- b) Se dice que es condicional, porque se refiere a un hecho futuro y cierto. En el caso del contrato obligatorio de accidentes condicionales, el hecho futuro es un accidente de la persona que maneja el auto. Pero ahí hay una confusión, porque la obligación de indemnizar de parte de la compañía de seguro, puede o no surgir -yo puedo no tener ningún accidente- pero que se produzca o no esa obligación no significa que el seguro vaya a dejar de cubrir o que yo vaya a dejar de pagar. Uno tiene que pagar el seguro mes a mes, y ahí no hay nada de condicional. Lo que es condicional es que se genere esa obligación derivada del contrato de seguro, que es la obligación de indemnizar en caso de siniestro. Entonces, en realidad, **no es un contrato condicional**.
- c) **Aleatorio**: en un contrato aleatorio se compra la suerte; lo que se contrata es una

ganancia incierta de las partes. Esto **no** ocurre en el seguro. Primero, no existe contingencia de ganancia o pérdida para ninguna de las partes, porque el contrato es uno esencialmente indemnizatorio. Entonces, por ejemplo, si contratamos un seguro para la casa, y la casa se quema, lo que se pagará es el daño efectivamente causado, dentro del monto asegurado. Yo no puedo lucrar con ese incendio. Lo que yo hago con el contrato de seguro, es traspasar el riesgo al asegurado; pero mi patrimonio queda igual. No existe una utilidad sobre el estado anterior de las cosas. El segundo argumento para asegurar que no es aleatorio se refiere a que no existe ganancia aleatoria, porque a la aseguradora no le pagan por un siniestro, le pagan por que el asegurado le traspasa el riesgo en caso de que se produce. O sea, la contraprestación no es por el siniestro, es porque de existir el siniestro, deben cubrirlo ellos. Que se genere o no la obligación, eso sí es aleatorio. Pero la obligación de cubrir el riesgo no es aleatoria; está siempre obligada a cubrirlo<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Si uno lee a los ingleses, para ellos es un contrato aleatorio porque lo ven desde un punto de vista económico. Pero para nosotros lo que importa no es si el siniestro existe o no, lo que importa es quien tiene que hacerse cargo del riesgo. Por eso los seguros obligatorios no se refieren a actividades donde hay más accidentes, sino que se refieren a actividades que en sí mismas son más riesgosas. Por eso el seguro de vehículos es un seguro que cubre poco, en cambio el seguro de accidentes nucleares es un seguro inmenso; no porque hayan más accidentes nucleares, sino porque la actividad es mucho más riesgosa.

## La compraventa mercantil.

Es importante entenderla porque es el ícono de la aplicación del derecho mercantil. Tiene que ver con la intencionalidad, con la intermediación.

En particular lo más relevante aquí es la intencionalidad:

- **Títulos onerosos en la adquisición:** relacionado con el lucro, la donación mercantil no existe.
- Básicamente la compraventa mercantil se refiere a la compra de **bienes muebles**.
- La intencionalidad se refiere a por qué razón, cuál es la causa que esta detrás del comprador. La ley lo expresa muy específicamente, señala en el **art. 3 n°1** que “*La compra y permuta de cosas muebles, hechas con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas (...)*” La ley sitúa la cuestión desde el punto de vista del comprador, del adquirente del bien. No es la intención del vendedor la que esta en juego. Por lo tanto, la compra para ser intermediada más tarde por otro contrato o actos en los cuales se pueda generar el lucro es por una CV mercantil.
- **La suerte que corra a futuro el acto intentado es irrelevante**, si yo soy comerciante y compro para revender pero me quedo con lo que compré porque me gustó, es irrelevante.
- Tampoco queda claro con esta mecánica la situación de la compra de los activos fijos. Cuando compramos activo fijo más que fundamentarlo el carácter mercantil en el art.3 N°1, lo fundamentaremos en la teoría de lo accesorio.
- La misma teoría de lo accesorio *a contrario sensu* se ocupa en la misma norma del art. 3 N°1 para los que compren con intención de revender cuando se trata de accesorios a entidades o establecimientos no mercantiles. En este caso la ley hace primar también la teoría de lo accesorio, dice que un no comerciante pretende adquirir un bien para los efectos de hacerlo parte de un negocio no mercantil, esa compraventa aunque haya sido hecha con la intención de vender, no es mercantil. Entonces, básicamente **la teoría de lo accesorio juega en sentido negativo** para extraerle al derecho mercantil esta compra, **y también juega en sentido positivo** para incorporar una compra que técnicamente no era mercantil.
- Agrega también la ley que la posesión posterior del comprador, permutante o arrendador, ese acto siguiente es también mercantil por definición, por el solo hecho de que se trata de un acto que proviene de la adquisición con intención.

**Por lo tanto, la intencionalidad rodea todo la temática del derecho mercantil per se, sin perjuicio de la necesidad de complementar con la teoría de lo accesorio.**

En materia de contrato de arrendamiento mercantil hay una hipótesis similar.

## Regulación de la compraventa mercantil:

El CCom se sustenta en la normativa civil de la CV e introduce una serie de aspectos que son características propias desarrolladas por el derecho mercantil. Por ejemplo, entra en la temática de la **modalidad** de la cosa vendida: a la vista, al gusto, orden y muestra. En materia de **precio supletorio** encontramos algunas novedades, lo mismo en la rebaja de la *acción quanti minoris* que se rebaja a 6 meses.

## Cesión de Créditos Mercantiles

El CCom también se hace cargo de la cesión de créditos mercantiles, así como el CC se hace cargo de la cesión de créditos civiles. Básicamente se hace cargo de todos los tipos de crédito, nominativo, a la orden o al portador, porque entiende que los nominativos son propios del derecho civil.

Es relevante la cesión de créditos mercantiles porque se introduce una regulación que pretende para los créditos nominativos el tratamiento expedito y rápido de las excepciones personales contra el cedente. Sabemos que tenemos 3 personajes: los 2 personajes originales son el acreedor y el deudor original, y el tercero quien adquiere la posición del acreedor original. El primer acreedor que va a ceder su posición contractual se llama **cedente**, y el acreedor que va a adquirir la posición del acreedor original se llama **cesionario**. Como el deudor cedido sigue siendo el mismo, sigue siendo el mismo objeto debido solo que ahora se le debe al cesionario. La ley exige en primer lugar el requisito de notificación o aceptación. De la misma manera la ley tiene que precaver qué es lo que ocurre con las **excepciones personales** que tenga el deudor cedido en contra del cedente.

Cuando yo tengo un acreedor cedente (A) y un acreedor cesionario (B), y un deudor cedido, de lo que me tengo que preocupar es que cuando A le ceda a B, B pueda exigir el cobro, esto desde la posición activa. Desde la posición pasiva, el que paga mal paga 2 veces. Este deudor cedido tiene que pagar al cesionario, la ley establece que para que esto ocurra tenemos una alternativa de notificación o de aceptación.

La pregunta que no está resuelta en materia de derecho civil es que pasa con las excepciones personales en contra del cedente. Esta materia es de mayor interés práctico y está regulada en materia de cesión de créditos mercantiles. La ley establece un periodo perentorio a partir del cual se puede por el deudor cedido oponer excepciones al cedente. El **artículo 163** CCom dice que *El deudor a quien se notifique la cesión y que tenga que oponer excepciones que no resulten del título cedido, deberá hacerlas presentes en el acto de la notificación, o **dentro de tercero día** a más tardar, so pena de que más adelante no serán admitidas. (inc.2) Las excepciones que aparezcan a la vista del documento o que nazcan del contrato, podrán oponerse contra el cesionario en la misma forma que habrían podido oponerse contra el cedente.*

El legislador está preocupado del cesionario más que del deudor, se preocupa de la eficacia. De todos los aspectos jurídicos de esa relación, lo que protege es que no exista posibilidad de que se siga discutiendo después de si hay certeza o no en la existencia de un derecho, este derecho que se esta transando en el mercado es un activo, al legislador mercantil le importa que ese activo este sano y que no haya posibilidad de discutir su legitimidad. Esto es muy relevante por ejemplo en los **negocios de cesiones de cartera**, que son básicamente cartera de cuenta por cobrar, cúmulos de cuenta por cobrar que tiene los comerciantes en los balances que les sirven para financiarse. Estas cuentas por cobrar son una formula por la cual el comerciante se financia, adquiere o renueva su capital de trabajo.

Con esto se obtiene certeza jurídica, se aumenta el valor del activo y por lo tanto se puede ceder la cartera a su valor real, no esta influida por los factores exógenos. El acto por el cual cede esta cuenta por cobrar es el *factoring*.

## Responsabilidad de hecho y de derecho

Cuando A le cede a B un crédito que tiene en contra del deudor cedido:

### **1. ¿Qué pasa si el crédito no existe?**

La nulidad es propia del derecho civil, en cambio al derecho mercantil más que anular la operación lo que le importa es la consecuencia que deriva después de la nulidad. Cuando hay nulidad de un acto o contrato, la consecuencia económica que deriva de ésta son las prestaciones mutuas. En derecho mercantil son más importantes las sanciones que atacan el fondo económico del problema, por lo tanto lo que ocurre es que se genera un crédito de B contra A, o sea no se enreda en la nulidad pero va a la consecuencia de la nulidad. Para generar un crédito tengo que hacerlo surgir de alguna parte, si se genera un crédito en contra de una persona es porque ésta se encuentra en una posición jurídica en la cual es susceptible hacer surgir ese crédito en su contra, esta situación jurídica en la que se encuentra una persona antes de ser obligado pero que le permite obligarse, se llama responsabilidad. La responsabilidad no es lo mismo que una obligación, es un sustrato de la obligación, es la posición jurídica en la que se encuentra una persona que justifica que ocurrido ciertos eventos surjan en su contra obligaciones.

Cuando A le cede a B el crédito, le dice yo soy responsable de la existencia del acto o contrato que te estoy cediendo, lo que ocurre es que a se pone en la situación jurídica de que surja en su contra una obligación cuando ocurre el evento de la inexistencia.

La responsabilidad en materia mercantil muchas veces se asimila al concepto jurídico de garantía. Cuando compras un producto amparado por la garantía del fabricante, ese producto da el derecho de hacer exigible ciertas obligaciones en contra del fabricante o productor derivado de la responsabilidad que tiene en la cadena de producción y de comercialización.

La **garantía** es una **caución personal**, cuando yo tengo una caución personal lo que hace es añadir un nuevo patrimonio que puede responder por el cumplimiento de una obligación. Existe un obligado principal, y si alguien se constituye en fiador o en codeudor solidario, lo que ocurre es que se hace es agregar un nuevo patrimonio.

La **caución real** no añade un nuevo patrimonio; no estamos agregando ningún derecho de prenda general nuevo, porque el deudor que debe y constituye hipoteca sobre un artículo suyo, ya debe antes de la hipoteca. Por lo tanto, lo que se hace es que se sube en el orden de prelación para el cobro.

Entonces, las garantías o cauciones en el derecho civil lo que hacen es agregar patrimonio o subirme en la preferencia para el cobro. En el derecho mercantil la garantía no es sinónimo de caución, es sinónimo de responsabilidad, es un reconocimiento de la situación jurídica en la cual se encuentra una persona a partir de la cual verificados ciertos eventos, esta responsabilidad se hace efectiva. En materia civil y mercantil la responsabilidad se hace efectiva generando una obligación.

## 2. ¿Qué pasa si el crédito habiendo existido está pagado total o parcialmente?

Ocurre lo mismo que en caso anterior porque tampoco el crédito existe, también se genera una responsabilidad.

## 3. ¿Qué pasa si el deudor es insolvente?

El crédito existe, no está pagado, y cuando B va a cobrarle al deudor cedido, este está en situación de insolvencia.

Si no es solvente, ¿responde el deudor original por la solvencia del deudor cedido? La regla general es que no hay responsabilidad de hecho. Esto nos lleva a distinguir los **2 tipos de responsabilidades que**

## hay en cesión de créditos

- 1) **Responsabilidad de derecho:** El cedente responde por la existencia del título.
- 2) **Responsabilidad de hecho:** El cedente responde por la solvencia del deudor es de hecho.

La responsabilidad de derecho siempre está presente en materia de cesión de créditos, el deudor se compromete a que la deuda existe y que la obligación esta vigente, pero el acreedor cedente no siempre se compromete a que el deudor cedido le va a pagar.

La responsabilidad de hecho en materia mercantil hoy día se llama **recurso**. Cuando se va a una cesión de cartera de un comerciante a una empresa de *factoring*, una de las primeras preguntas es si esta cartera se cedió con o sin recursos (contra el cedente), o sea si se cedió con o sin responsabilidad de hecho.

Desde el punto de vista mercantil esta pregunta es relevante, porque si cedo la cartera con recurso, me estoy transformando en garante desde el punto de vista civil, agrego mi patrimonio al del deudor cedido en caso de que el deudor cedido no pague, por lo tanto es una verdadera caución personal. Si yo como cedente sé que el deudor no es solvente, e igualmente cedo la cartera: en el derecho civil se aplica la regla del estándar de conocimiento, de manera tal que si el cedente sabía que el deudor era insolvente y no lo declara, se transforma en una responsabilidad para el. En materia mercantil, si el cedente sabiendo que el deudor no va a pagar, porque no tiene bienes e igualmente cede la cartera, no es responsable a menos que se exprese en el acto. Esto porque tiene que ver con el precio de la cartera, pues este varía si se tiene o no solvencia.

La responsabilidad de derecho tiene que ver con la existencia del título y de la obligación, la de hecho solo con la solvencia deudor cedido. Por lo tanto si el título no existió porque había un vicio de nulidad absoluta, entonces el acreedor cedente responde al acreedor cesionario porque hay responsabilidad de derecho. Por el contrario, siendo existente el título y vigente la obligación de pago, pero el deudor es insolvente, solo habrá responsabilidad si el acreedor cedente se constituyó en tal en el acto de la cesión.

## **Endoso**

En materia civil los créditos son siempre nominativos, es el derecho mercantil el que inventa los créditos a la orden y al portador, básicamente por el fenómeno de la circulación, lo que le importa al derecho mercantil es permitir la circulación de esos créditos para que lleguen a mano de terceros. El **endoso** es una forma de cesión de crédito a la orden. Siempre que hablamos de endoso hablamos de 2 criterios: cesión y crédito a la orden.

La ley crea distintas formas de endoso, que son básicamente mecanismos que más tarde se van añadiendo en la historia de los títulos de crédito. Estos títulos de crédito normalmente pretenden circularse rápidamente, cuando el comerciante va y vende el producto a plazo lo que hace es tenerlo en un documento, por ejemplo una letra de cambio. Existen **tres tipos de endoso**:

- 1) **Endoso que transfiere el dominio:** Este endoso típicamente cede el dominio de la cosa, que fue la razón por la cual se creo la cesión de créditos mercantiles mediante el endoso. Si yo cedo un crédito y entrego un papel al cesionario lo que estoy haciendo es que ahora ese señor es el titular del crédito.
- 2) **Endoso en garantía:** También denominado en prenda o pignoraticio. Por ejemplo, este comerciante que es dueño de la letra de cambio o la prenda, tiene un crédito con el banco y el banco le exige garantía, este comerciante puede decir que aparte va a entregar en garantía el título, de manera tal que si yo no el pago, tiene el derecho de exigir el cobro de lo

debido al deudor de este papel e imputar el pago de esta obligación. No le entrega al cesionario o endosatario el dominio, sino que le entrega un carácter de acreedor preferente, le dice a ese endosatario que si yo no pago la obligación principal garantizada con el endoso en garantía, tú vas a poder ir y cobrar este crédito por mi y recaudar el pago del crédito que haga el deudor, y esa recaudación tu impútala al pago de la deuda. La preferencia esta en el hecho de que si este crédito esta endosado en garantía o en prenda es embargo por otro acreedor, ese otro acreedor que no tiene la garantía de la prenda, solo se va a pagar una vez que el acreedor del crédito se haya pagado.

- 3) **Endosos en comisión de cobranza:** Aquí tenemos que añadir el concepto de *comisión de cobranza*. La comisión en materia mercantil es un **mandato** (no es el pago o el precio) es una particularización del mandato civil, la comisión mercantil es lo mismo que un mandato civil destinado para ciertos específicos y determinado actos del derecho comercial. Cuando hablamos de la comisión de cobranza, hablamos de un mandato para cobrar por cuenta del endosante. El endosatario cobrará en representación y por mandato del endosante. Por lo tanto si yo soy un deudor de un pagaré determinado y ese pagaré me lo llega a cobrar no el titular ni el garante si no que el cometido en comisión de cobranza, voy a tener que pagarle porque él está representando al titular. Es lo mismo que la diputación para el cobro en materia civil.

Entonces cuando hablemos de créditos mercantiles, particularmente en el endoso, hay que tener en cuenta que tenemos distintos tipos de endoso que en definitiva entregan derechos distintos al endosatario: ***entregan la calidad de dueño, entregan la calidad de preferente o entregan la calidad de cometido en comisión de cobranza***

### **La compraventa mercantil y el establecimiento de comercio.**

El establecimiento de comercio es el lugar físico donde se realizan los actos de comercio. Tiene un lugar particular, muebles, libros, cajas, personal, marca, publicidad, clientes.

¿El establecimiento de comercio que agrupa todo esto es algo distinto que cada una de estas individualidades? Para responder esto hay que tomar el concepto jurídico de la **universalidad**. Cuando hablamos de universalidad podemos hablar de **2 tipos de universalidad**: (i) de **hecho** y (ii) de **derecho**. Cuando estamos frente a una fuente de derecho que define a una cosa como universal, estamos frente a universalidad de derecho. Ej. El patrimonio es una universalidad de derecho. Una biblioteca es una universalidad de hecho.

¿Qué tipo de cosa es un establecimiento de comercio? Habría que ver los elementos que configuran un establecimiento: tener un local comercial, una persona que atiende, un inventario, cuentas por cobrar, cuentas por pagar, etc. Todos estos elementos se transfieren a quien compra un establecimiento mercantil. La pregunta es cómo. Si el establecimiento mercantil fuese una universalidad de derecho, entonces su enajenación resulta simple (se trataría de transferir un conjunto de bienes que se identifican en atención a una norma). Pero esa plataforma jurídica de identificación aquí es inviable, pues el vínculo que une a cada uno de los elementos (variables) del establecimiento mercantil es uno de tipo fáctico y no jurídico.

Como esta universalidad es de hecho, tenemos un problema jurídico al momento de la transferencia. Cuando yo transfiero una universalidad jurídica, un patrimonio, lo que hago es transferir todos los individuos que están vinculados por ese vínculo de derecho, por lo tanto, si me olvido de indicar o de individualizar un bien, determinado el contenido de esa universalidad de derecho, importa poco, porque yo estoy gravando la universalidad de derecho, por lo que automáticamente todo lo que esté incluido en ese concepto va a estar incluido ahí. En cambio cuando hablamos de una universalidad de hecho el problema es que necesariamente debo indicar en el acto o contrato cuáles de sus componentes son aquellos que yo quiero efectivamente llegar a contratar, enajenar, gravar, etc. Por lo tanto, cuando la ley habla de la compra de establecimiento de comercio, en realidad lo que quiere significar es un acto o contrato por el cual se pretende comprar la universalidad, pero para comprender su contenido se deben indicar cada uno de los individuos que lo contienen. De la misma manera, cuando se trata de buscar las formalidades del acto o contrato correlativo, yo ya no me voy a sujetar a la formalidad de la universalidad de hecho porque no constituye una plataforma jurídica, independiente de sus bienes, y por lo tanto tengo que someterme necesariamente a la forma de cada uno de los individuos que lo componen. Es decir, si dentro, por ejemplo, del establecimiento de comercio yo quisiera enajenar un bien raíz, tendría que concurrir al acto o contrato con la solemnidad correlativa del bien raíz. No me basta con pensar en la universalidad de hecho como una cuestión independiente de las solemnidades para los efectos de cumplir con las formalidades del caso.

### **Fusiones y adquisiciones**

Dicho eso, cuando se plantea la compra de un establecimiento de comercio nos estamos acercando a una temática que en la vida mercantil moderna se conoce como el **mundo de las fusiones y adquisiciones**, que es una disciplina jurídica comercial que parte de la traducción del concepto americano de *mergers and acquisitions*, y básicamente se plantea esto como la cuestión de las fusiones y adquisiciones más bien de empresas que de establecimientos de comercio. En el mundo cuando se habla de fusiones y adquisiciones uno más bien piensa en el concepto de empresa que de establecimiento de comercio. Además cuando se habla de fusiones, en realidad lo que pretende es tratar de comprender también el género de negocios en los cuales dos grandes empresarios se reúnen para los efectos de fortalecer el negocio uniéndolo y generando un negocio más grande, a diferencia de lo que es la adquisición en donde un solo empresario adquiere otros negocios y los incorpora a su negocio original para los efectos de hacer crecer el negocio original. Por lo tanto, el concepto de fusión es bastante figurativo.

Cuando hablamos del concepto de empresa, por oposición al concepto de establecimiento de comercio, en realidad no estamos significando algo muy distinto del establecimiento de comercio. Veremos en algún minuto las características que tiene la empresa para tratar de determinar si es un sujeto o no del derecho mercantil, pero desde ya digamos que en general cuando se habla de adquisiciones de empresas no se está hablando de un concepto muy distinto de lo que veremos acá como adquisiciones de establecimientos de comercio, o de la forma en que el Código de Comercio lo recogió como compra del establecimiento mercantil. Cuando hay actos y contratos que apuntan a la compra de un establecimiento de comercio, tenemos que apuntar a la técnica de contratos modernos que pretenden la adquisición de estos establecimientos de comercio, y aquí tenemos la cuestión formal que ya veíamos que tiene que ver con la solemnidad aplicable a cada bien, tenemos que ver qué es lo que comprende, y tenemos que ver el contenido del acto o contrato, particularmente en materia de responsabilidad contractual del vendedor.

### ***¿Qué comprende el Establecimiento de Comercio?***

El derecho mercantil no es un derecho al que le importa mucho la regulación inmobiliaria, por lo tanto, cuando hablamos del local, de lo que estamos hablando más bien, es de la capacidad que tiene ese establecimiento de comercio de utilizar ese lugar determinado, que básicamente, desde derecho civil, podríamos denominar la **mera tenencia**.

La mera tenencia puede referirse a diversas relaciones jurídicas, como el arrendamiento, comodato, usufructo, etc. Básicamente aquí de lo que estamos hablando es de la relación jurídica que une a aquél que explota el establecimiento de comercio con el local donde se desarrolla el negocio.

Pero, ¿por qué al derecho comercial le importa tanto el local comercial? Más que por la relación jurídica, es por la posibilidad de utilizar esa locación. En materia mercantil, lo que importa es que aquellos bienes intangibles que están asociadas al establecimiento de comercio, de alguna manera se vinculan a esa ubicación o locación. Esto, sin embargo, es un concepto que hoy tiene una evolución muy relevante con los negocios que no tienen un espacio o tiempo determinado; cada vez más relevante a propósito de los

negocios virtuales que se montan a través de redes virtuales (la web). Hoy día vemos cómo muchos establecimientos de comercio tienen una ubicación mucho más virtual que física. Por ejemplo, Amazon, Mercado Libre, etc. Ahí de lo que estamos hablando es básicamente de un gran establecimiento que tiene un local comercial, que sin embargo es virtual; uno sólo puede aterrizar los conceptos jurídicos a esta situación de hecho, en la medida en que abra un poco su mente y esté dispuesto a aceptar que hoy en día el local comercial, la mera tenencia, la ubicación, acepta también su variante virtual<sup>13</sup>. De lo que hablamos es de expandir el concepto del local comercial a fenómenos que vienen dados por el desarrollo tecnológico. Pero unos que otros son exactamente lo mismo; lo relevante es que ahí está la ubicación de ese establecimiento de comercio.

La ubicación del establecimiento de comercio está íntimamente vinculado a uno de los conceptos intangibles que tiene el local comercial: la **clientela**. Básicamente porque como la clientela tiene que acercarse al local que vende productos al detalle y por lo tanto se vincula necesariamente a una ubicación. Así es cómo comienza la relación entre clientela y local. Hoy día, ciertamente, el cliente tiene la posibilidad de transportarse por la red virtual a locales virtuales y por lo tanto la cercanía física ya pasa a tener mucha menos importancia; pero lo relevante es que el cliente tiene la misma conducta: se acerca al lugar donde se expenden estos productos al detalle.

Por lo tanto cuando estamos hablando de la enajenación de un establecimiento de comercio tenemos que entender que, si nosotros somos abogados del comprador del establecimiento de comercio, y sabemos que el local comercial es un concepto etéreo por tener que ver con una ubicación, con una mera tenencia, lo que se debe asegurar al comprador para que se pueda perpetuar ahora en manos de este es la mera tenencia.

### *¿Cómo se asegura la mera tenencia?*

**1. Cesión de derechos y obligaciones. Subarrendamiento, Subcomodato, Subusufructo:** La mera tenencia se puede asegurar con un contrato como el arrendamiento, comodato o usufructo, que le entrega al dueño del establecimiento de comercio una posición contractual. El dueño del establecimiento de comercio no necesariamente es el dueño del local ni tampoco el poseedor del local; esos dos conceptos están erradicados del concepto del derecho mercantil, básicamente del establecimiento de comercio; si coinciden bien, pero no es lo relevante, lo relevante es la tenencia; el derecho a usar la cosa en ese lugar. Ahora, esa posición contractual viene dada por un contrato que supone que entonces debe cederse a favor del comprador del establecimiento de comercio. Cuando yo compro un establecimiento de comercio, lo primero que hago es apuntar a la cesión de este contrato.

La **cesión de contrato no es lo mismo que la cesión de créditos**; el cesionario está adquiriendo derechos y obligaciones, no un solo los créditos. Sin embargo, en Chile no existen reglas para la cesión de créditos, hay laguna legal, y sobre esto hay muchos escritos en Chile y hay una doctrina que se denomina *la cesión de los contratos*, en el sentido de que se toma de una posición jurídica compleja donde básicamente

---

<sup>13</sup> El dominio te da una ubicación dentro del espacio virtual, y de esa manera cumple el mismo sentido que la función del local comercial; o sea un lugar donde se puede ubicar. Y la fono-compra también es otra forma de mecanismo virtual.

una persona que entra a un contrato asume un conjunto de derecho y obligaciones que antes eran los derechos y obligaciones que tenía el cedente.

Entonces, para asegurar la obligación del local comercial, lo que tengo que hacer es ceder el contrato correlativo, y por lo tanto, el adquirente, el comprador del establecimiento de comercio, tiene que entrar en este contrato. Pero ¿puede cederse sin más trámites? En el caso del arrendamiento, una hipótesis sería que tuviéramos un **subarrendamiento**<sup>14</sup>.

En el subarrendamiento el arrendatario original se mantiene obligado frente al arrendado, por lo tanto ¿cómo conseguimos, el objetivo del comprador en la venta del establecimiento de comercio, a través del subarrendamiento? El comprador del establecimiento de comercio quiere asegurarse el local, la ubicación y todo eso que conlleva, y por lo tanto está buscando el título de mera tenencia a través del subarrendamiento (subcomodato o subusufructo); lo que hace es asegurarse una posición jurídica a través de la mera tenencia. Ahora, que mi contraparte no sea el arrendador directo no me cambia para nada la figura, porque el arrendador no me entrega más garantías que el arrendatario si es que, por ejemplo, no es dueño de la cosa. Entonces, objetivo cumplido; esa es una fórmula y en la práctica esto se hace muchas veces.

2) **Cesión propiamente tal:** La diferencia consiste en que acá quedamos con un contrato directo. Para que lleguemos a esto hay que ceder una posición contractual, pero esta cesión por sí sola, es absolutamente ilícita. Lo que pasa es que el arrendatario sigue vinculado con el arrendador mientras no ocurra un segundo elemento: que el **arrendador acepte al nuevo contratante**; acepte la liberación del original arrendatario respecto del cúmulo de obligaciones que tenía derivadas de la relación contractual. Si no lo acepta ocurre lo que se llama *liberación imperfecta*.

¿Qué relación tiene con esto la noción de intuito persona? Asumamos que en el contrato de arrendamiento se declara que es causa relevante para el arrendador celebrar con Pedro Pérez y no con Juan Pérez (lo que se vincula a los vicios de consentimiento). Pedro puede ceder a un tercero, no hay una sanción civil aplicable; lo que pasa, es que Pedro no queda liberado de las obligaciones originales del contrato, pero eso no lo hace increíble. Será increíble cuando se trata de derechos intransferibles (aquellos derechos que están fuera del comercio y por tanto no se pueden enajenar; por lo que esa cesión si es sancionable por el derecho por adolecer por objeto ilícito –actos prohibidos por las leyes-). Por lo tanto no es que el contrato intuito persona no se pueda ceder; simplemente lo que ocurre es que no puede haber una liberación de la persona que motivó el contrato.

### ***Mercantilidad de la venta del Establecimiento de Comercio***

La jurisprudencia ha señalado que la enajenación del Establecimiento de comercio es de tipo mercantil y que no se exigen elementos subjetivos (intención).

Esta no es una materia específicamente regulada por ley, pero deriva del concepto inglés de “*mergers and acquisitions*”. Se vincula al concepto de establecimiento de comercio; si lo entendemos como una especie del género de “**empresa**” (se le conoce también como fondo de comercio) que es una **universalidad de**

---

<sup>14</sup> Subcomodato o subusufructo, según corresponda

**hecho**; sus componentes individuales no tienen vínculo jurídico sino fáctico

### Derecho de llaves

Se vincula a la idea del **negocio en marcha** y corresponde a un **derecho del dueño del local comercial**. Se asocia al local comercial<sup>15</sup>, no a la mera tenencia. Es típico que en los contratos de arrendamiento de establecimiento de comercio se establezca un derecho de llaves. Esto se desarrolló a raíz del negocio de corretajes. En una compraventa, el derecho de llaves siempre va a estar presente.

La ecuación “local comercial más negocio en marcha” lleva al derecho de llaves. Cuando se vende el local comercial, también se traspasa el derecho de llaves. Si cierro mi local comercial, o suspendo mi negocio, voy a perder mi derecho de llaves.

El derecho de llaves se explica con la clientela, porque ella es la que genera los ingresos, que son la parte más importante del local comercial. A partir de la relación entre clientela/local comercial, uno puede determinar ciertos índices: visitas, horarios, cuánto compran, volumen de las compras, productos, etc.

El derecho de llaves demuestra el dinamismo del local. En definitiva, ***el derecho de llaves es la suma de los ingresos, y resta de los costos, que da el ingreso neto (flujo libre).***

Se refleja en un estándar llamado **EBITDA** (*Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization*). Este concepto quiere mostrar el flujo libre de cada negocio; la sigla es muy utilizada para comprar flujos libres entre negocios, buscando establecer un parámetro de comparación libre de distorsiones entre la capacidad de las empresas para generar ingresos.

### Elementos del Establecimiento de Comercio.

En el establecimiento de comercio hay una serie de activos que resultan de importancia al momento de enajenar el Establecimiento de Comercio, por su carácter de **universalidad de hecho**.

Dentro de los **activos circulantes** tengo:

#### **1. El inventario**

Corresponde a un **registro**, que puede ser **formal** (si es un registro de los bienes) o **de fondo** (cuando se trata de los bienes). No se refiere a todos los bienes del establecimiento de comercio, sino que sólo que sólo a las **existencias** (mercadería), a los bienes vinculados al giro del negocio. Por lo tanto estos bienes que están en el inventario son los bienes mediante los cuales se desarrolla el **giro ordinario**<sup>16</sup> y que se denominan **activos circulantes** (activo que está destinado a entrar y salir del negocio).

El concepto de **activo fijo** se opone al concepto de activo circulante. Por ejemplo, cuando se venden las estanterías del negocio, el resultado de las ventas de estas, es extraordinario porque está fuera de lo ordinario. De manera que va a llevar a un **resultado extraordinario**.

---

<sup>15</sup> Por costumbre mercantil, se ha asociado al arrendamiento, pero en realidad hay que asociarlo al local comercial.

<sup>16</sup> Aquella actividad a la que se dedica la empresa, de acuerdo a los estatuto

Entonces cuando hablamos de inventario hablamos de una partida del activo circulante, y básicamente hablamos de los bienes que son los bienes que constituyen el giro del establecimiento de comercio; bienes que circulan en el sentido de que están destinados a que entren al establecimiento de comercio para salir. Es el corazón del negocio mercantil de intermediación. El establecimiento de comercio con todos sus elementos se estructura para que el inventario se venda. El dueño del establecimiento de comercio se dedica a comprar y vender mercancía que constituye su inventario para los efectos de producir intermediación de ese inventario para los efectos de producir el lucro de su negocio.

Este inventario en materia mercantil, típicamente entonces es uno que **tiene el carácter de bien mueble**. El negocio mercantil está trazado sobre el negocio del bien mueble<sup>17</sup>.

En el marco de una venta de establecimiento de comercio, el inventario **se enajena** mediante una **compraventa**, que al tener el carácter de **mercantil** debe estar amparada en una **factura de comercio** (que más tarde es la misma factura tributaria) y que termina con la **tradición** o entrega ficta.

Problemas comunes entre comprador y vendedor del establecimiento de comercio derivan del **carácter dinámico**<sup>18</sup>. Por lo tanto, un fenómeno muy relevante dice relación con la determinación del momento en que se toma ese inventario porque, como el inventario es dinámico, yo *apuesto* a la compra de un determinado número de bienes y productos, pero no sé a ciencia cierta cuál es ese número de bienes y productos hasta que los recibo físicamente y jurídicamente por la vía de la factura. A fin de evitar estos problemas, se utilizan las **cuentas de ajuste**, que básicamente son una disposición contractual de las partes involucradas en la compra y venta del establecimiento de comercio, a partir de la cual estas aceptan que el precio pactado es variable o determinable en el sentido de que existe un precio preliminar, pero el precio final de compra del establecimiento de comercio está sujeto a las cuentas de ajuste, donde una de las relevantes cuentas de ajuste dice relación con el inventario que efectivamente se traslada del vendedor al comprador. Las faltantes o mermas de inventario se descuentan del precio, los agregados de inventario se suman al precio.

**2. La caja:** Registra el dinero del establecimiento.

**3. Depósitos** generalmente son depósitos bancarios (cuentas de ahorro).

**4. Bancos:** dinero que el Banco me debe a mí (saldo de cuenta corriente).

**5. Cuentas por cobrar** (créditos –derechos personales cuya prestación es dinero)

**6. Anticipos pagados a cuenta** por el comerciante (por ejemplo, arrendamiento por 36 meses)

#### ***Activos Intangibles:***

- *Propiedad industrial:* Creaciones que entregan un beneficio a la industria (la marca, por ejemplo, que significa una relación con el establecimiento de comercio determinado)
- *Propiedad intelectual:* Derechos de autor (protegen creaciones del intelecto)
  - *Patente:* De diseño, de invención, de mejoras, etc.

---

<sup>17</sup> Los prestadores de servicios **no tienen** inventario, porque no se dedican a vender productos sino que a prestar servicios.

<sup>18</sup> No es lo mismo que celebre el contrato de compraventa hoy a las 12 a que lo celebre mañana a las 7, puesto que –probablemente- existirá menor inventario.

### ¿Cómo se ceden estos activos?

- Caja: No se cede, se deja en \$o pesos.
- Banco: no es parte de la cesión; se abre otra cuenta corriente.
- Depósito:
  - o Nominado: cesión de crédito
  - o A la orden: endoso.
  - o Al portador: la cesión se hace al portador.
- Anticipos pagados a cuenta: puede cederse como cuenta por cobrar. Eso sí, normalmente, estos anticipos se aumentan del precio de la compraventa.
- Intangibles: acá la cesión sigue la regla legal.

### Compraventa del Establecimiento de Comercio y el análisis de su compra:

#### Pasivos del Establecimiento de Comercio

Como parte de un establecimiento de comercio tenemos activos, ya sean fijos o circulantes y pasivos de largo plazo o corto plazo, o corrientes (que se hacen vigentes inmediatamente). El plazo que define al pasivo corriente es lo que se llama el **ejercicio financiero**.

En Chile sabemos que los ejercicios son de fechas dadas por criterios de la costumbre tributaria, desde el 1° de enero hasta el 31 de diciembre. Esto es lo que se llama en jerga tributaria el **año fiscal**, porque son los periodos dentro de los cuales se determinan las ganancias o pérdidas de una empresa, y se determina, en consecuencia, el impuesto a la renta que afecta la evaluación de ese año determinado. Hay países donde este año fiscal es variable, y tiene que ver por ejemplo con los industriales. En países desarrollados los años fiscales dependen de la industria en la que estoy involucrado. En Chile tenemos el sistema rígido español.

Es importante medir un periodo de tiempo, porque en ese periodo se determina un estado de resultado, que lo que hace es distinguir los ingresos, restándole los costos, operación que da un resultado. Si ese resultado es positivo se llama utilidad, y si es negativo se llama pérdida. Si genera utilidad en ese resultado, pago el impuesto al ente fiscal. Así, si yo como empresa tengo un negocio en que el año 2012 generó un gran ingreso, eso va a quedar para el año fiscal siguiente. Todo esto lleva al concepto del año fiscal ¿Por qué fiscal? Porque tiene que ver con las relaciones y obligaciones que tengo con el Fisco.

A partir de este concepto del año fiscal, que es un concepto financiero y tributario, el concepto financiero es el mismo (o sea, ahora para medir la relación financiera de una empresa más allá de la pura relación con el fisco, tenemos que definir cual es ese año financiero). ***En Chile, el año financiero es igual al año fiscal: del 1° de Enero hasta el 31 de diciembre.*** Es por eso que, por ejemplo, las utilidades de la empresa se determinan en una fecha 1° de enero a otra fecha que termina en 31 de diciembre. Las utilidades que se acumulan en ese periodo son las utilidades que mas tarde se pueden decidir retirar o pagar

vía dividendo a los socios de la compañía<sup>19</sup>.

Por esta misma razón, dado que estamos midiendo los resultados de las empresas en función del concepto del año fiscal, y mas tarde año financiero, es que la definición o distinción entre lo que es un pasivo corriente, o sea, aquel pasivo que es exigible en el ejercicio financiero determinado se somete a la misma regla. Por lo tanto, ***el pasivo corriente es el pasivo exigible dentro de un año***. Esto se contrasta o se compara a su turno, con el ***activo corriente, que es aquel que genera liquidez***, el que permite anticiparme o asegurarme que soy capaz de pagar pasivos corrientes.

*¿Qué partidas de activos que hemos visto serán partidas de activos corrientes?*

El **activo fijo** no es un activo corriente porque estos no están destinados a venderse, por lo que típicamente no es un activo que pretenda liquidar o vender para transformar en dinero y que permita pagar los pasivos. Por lo tanto se descartan los activos fijos.

Ahora, dentro de los activos circulantes; las mercaderías, inventarios y existencias no son activos que permitan pagar las deudas. ***Los activos que sí permiten pagar en tiempo y forma, son la caja, bancos y depósitos***. La caja y el banco son la liquidez inmediata. El banco es el saldo de cuenta corriente que el banco va a pagar por una orden de pago (el cheque), y el deposito son básicamente los excedentes de caja que se invierte o ahorran en documentos representativos de dinero con el banco, que no son caja propiamente tal pero que se pueden hacer caja rápidamente porque tengo un pacto con el banco para que me pague en dinero rápidamente<sup>20</sup>. Y rápidamente, significa corriente, lo que a su vez significa ejercicio financiero.

Esta comparación entre el activo corriente y el pasivo corriente es de vital importancia para la institución de la **insolvencia**. Si tengo 0 activo circulante y 100 pasivos circulantes voy a tener un problema que financieramente se denomina de **iliquidez** pero jurídicamente, se denominara **insolvencia**. Insolvente es el deudor que no paga sus deudas, que no cumple, que no *soluciona* (solucionar en el sentido de extinguir la obligación mediante el pago). La insolvencia es un estado en la que estoy como deudor a propósito de que no soy capaz de dar solución a las obligaciones que he contraído con mis acreedores porque no soy capaz de pagar

La situación de insolvencia esta estrechamente vinculada a la situación de los activos y pasivos corrientes, porque puedo tener por ejemplo, una central hidroeléctrica en el sur que me demoraré en vender unos 14 años porque no tengo a nadie que me la compre en el mundo, y puede que tenga un gran patrimonio, es decir, puede que efectivamente tenga un gran activo con un nivel de deuda muy pequeño.

---

<sup>19</sup> Esto es muy relevante, sobretodo cuando se vea sociedades, porque tiene que ver con la determinación transitoria o provisorio de los resultados de la empresa. Si no existen estas reglas, una empresa solo podría retirar utilidades cuando la empresa se disuelve y mas tarde se liquida. Estas son reglas arbitrarias, que lo que permiten entonces es generar distribuciones o retiros de utilidades o beneficios a los socios a partir de un ejercicio arbitrario a través de un periodo dado.

<sup>20</sup> Si tengo un depósito a plazo pactado a 4 años, y no puedo retirarlo sino en 4 años, deja de ser un activo corriente porque ese deposito no es susceptible de entregarse dentro de ese ejercicio financiero, que permita contrastarlo o compáralo con mis obligaciones corrientes o circulantes.

Pero si no soy capaz de pagarle al banco a la fecha de vencimiento, porque no tengo caja ni otros activos circulantes, soy insolvente, no estoy en condiciones de solucionar la obligación con mi acreedor en tiempo y forma.

Por lo tanto, va a venir entonces una solución que el derecho entrega a ese acreedor cuyo deudor es insolvente: la **acción de cobro de dinero**. Lo que tengo es una acción de cumplimiento, o sea, **yo puedo exigirle al deudor el cumplimiento forzado de esa obligación**. Esa acción de cumplimiento que me permite llegar por la fuerza a pagarme del deudor es la correlatividad de la insolvencia. Y esa acción de cumplimiento podrá ser ordinaria o ejecutiva dependiendo del título en que conste la obligación (dubitado o indubitado). Teniendo uno de estos títulos puedo recurrir a la ejecución individual o a una ejecución concursal. La **ejecución individual**, que se ve en derecho procesal es a la vez muy del derecho comercial, porque es una acción de cobro del cumplimiento de la obligación que consta en el título. La **ejecución concursal** se ve en derecho comercial y se relaciona con la **quiebra**, que no es sino la forma de hacer exigible el cumplimiento forzado de la obligación, sólo que ya no se hace en forma individual, sino que la ley obliga ahora a que vayan todos los acreedores juntos.

***Entonces, la quiebra, la solvencia, las acciones ejecutivas individuales o colectivas tienen todas que ver con la situación de contraste entre pasivo corriente y activo corriente, en lo que financieramente se conoce como liquidez, la capacidad de pagar o de cumplir con las obligaciones.***

Por lo tanto, los pasivos corrientes no son sino una expresión de aquellas obligaciones que se definen a partir de la época de vencimiento de la obligación. Las obligaciones que vencen dentro del ejercicio financiero correspondiente son los **pasivos corrientes**. Las obligaciones que vencen en un ejercicio financiero posterior al ejercicio financiero presente son obligaciones de largo plazo. Esto es lo único que distingue al pasivo corriente del **pasivo de largo plazo**, lo relevante es cuando tengo que cumplir con la obligación, el plazo de la obligación correlativa.

### **Cuentas por pagar**

Tiene como origen la relación mercantil que existe entre el dueño del establecimiento de comercio y su **proveedor**: yo recibo un producto o servicio, no lo pago instantáneamente, lo debo y lo registro como una cuenta por pagar. Esa es una cuenta netamente mercantil.

Típicamente la cuenta por pagar es una cuenta del pasivo corriente. Se distingue del pasivo corriente **financiero** en el sentido de que no es una deuda que le deba al banco, sino que es una deuda que tengo con el proveedor porque recibí un bien o producto determinado.

En la relación comercial, las cuentas por cobrar **son siempre pasivos corrientes** porque la costumbre mercantil dice que los créditos que se otorgan entre comerciantes en la relación proveedor-cliente son siempre pasivos de corto plazo. Por lo mismo es que todas las cuentas por pagar, a menos de que exista un contrato en que se respalda una cosa distinta, son parte de los pasivos corrientes que no tienen un carácter financiero sino que mercantil.

## Anticipos recibidos a cuenta

Tengo un anticipo recibido a cuenta cuando me anticipan dinero antes del momento en que yo produzco la entrega. Sigue siendo una obligación de ejecución diferida, pero ahora la ejecución diferida no es el pago del precio sino la entrega de la cosa. Se produce en las relaciones entre comerciante y un *cliente*

## Provisiones

Tiene que ver con la anticipación (***provisionando un gasto futuro***). Contablemente no tengo una obligación contraída, una obligación devengada o, en términos legales, una obligación exigible. Cuando tengo una *potencial obligación* o me encuentro en la posición jurídica de tener que proveer una obligación que no existe hoy día porque estoy es una situación anterior a la existencia de la obligación, entonces estoy en frente de una provisión.

La provisión tiene que ver muchas veces con el concepto contable y financiero de **contingencia**. La contingencia es distinta a la obligación. La obligación es deuda, es un pasivo neto y se contabiliza siempre. Es anterior a la obligación, es una posibilidad de un gasto u obligación futura. Ahora, ¿Qué contingencia podría registrar un comerciante en su establecimiento de comercio? Por ejemplo, indemnizar algún daño de un producto defectuoso. Esta situación puede tener distintos momentos. Se puede ver como un temor a encontrarse en esa situación o bien cuando esta presentada una demanda para indemnización, o peor aun en relación a una situación de insolvencia en que fui condenado al pago de una indemnización por una demanda por consecuencia de un producto defectuoso.

¿Hasta que momento este evento pasa ser una contingencia y hasta que momento pasa a ser una obligación? La obligación existe cuando hay sentencia, cuando tengo una fuente de obligación. En el caso de una indemnización por daño de un producto defectuoso, lo razonable es que la fuente sea una sentencia judicial ejecutoriada que me condene al pago de una indemnización. Podrán existir equivalentes jurisdiccionales, como un avenimiento o una transacción en que se acuerde indemnizar. La indemnización lo que hace es resolver un estado de incumplimiento producto de un contrato o de una situación de hecho (cuando se habla de responsabilidad extracontractual). Entonces cuando tengo una sentencia judicial ejecutoriada estoy obligado al pago, y tengo que registrarla como pasivo. Por lo tanto, la contingencia se registra contablemente hasta antes de la sentencia judicial ejecutoriada tengo un juicio.

¿Cómo se mide la contingencia? Habría que ver cuales serán las costas del juicio, que es un gasto como obligatorio, y habría que definir un factor de probabilidad de que se gane o se pierda el juicio. Esto lo hace el contador, pero él no puede ver cual será la probabilidad de que se gane o se pierda el juicio, ya que esto lo ve el abogado. Las provisiones en definitiva van a estar reguladas por la técnica contable. Es el contador el que me va a tratar de dar reglas objetivas a partir de las cuales vamos a definir cuándo y cómo genero una provisión o una potencial contingencia

## Impuesto diferido

Es un pasivo que tiene una característica muy relevante: ***el acreedor es el Fisco***. Es una línea pasiva

típica del establecimiento de comercio que lo que hace es representar un pasivo que tengo con el fisco a propósito de impuesto cuya obligación de pago no se ha devengado ahora, sino que se devengara a futuro. O sea, ***es un pasivo en favor del fisco que aún no es exigible.***

### **Cesión de los elementos del Establecimiento de Comercio**

Ya se ha dicho que como el establecimiento de comercio es una universalidad de hecho se requieren actos de precisión de acuerdo a la naturaleza jurídica de cada componente, pero hay una característica muy relevante: **la cesión de los individuos de un establecimiento de comercio tienen que ser necesariamente cesiones que se vinculen entre sí para demostrar la intención de que se está cediendo un establecimiento de comercio.** Porque yo como comerciante puedo vender por ejemplo mis cuentas por cobrar y no por eso estoy cediendo el establecimiento de comercio. En el establecimiento de comercio estoy también cediendo las cuentas por cobrar pero estoy cediendo cada una de las partidas de activos y/o de pasivos, y en cada uno de estos actos con los cuales perfecciono de los individuos que conforman el género del establecimiento de comercio, represento que estoy tratando de vender el conjunto de la cosa.

Esto es lo que se ha mencionado en otras ocasiones, es la venta de un individuo con respecto de una **empresa en marcha** (*on going concern*). Cuando yo lo que hago es vender una empresa o establecimiento de comercio en marcha, lo que estoy haciendo es vender los individuos pero estoy también vendiendo el conjunto. Esto es muy relevante cuando se trata de la interpretación de un contrato de compra de un establecimiento de comercio porque es posible que existan algunos elementos que no sean objeto de cesión jurídicamente hablando, pero que se van a tener que entender comprendidos en la compra del establecimiento de comercio. Por ejemplo, el concepto de **rotulo**, el nombre de un establecimiento de comercio no protegido por una marca. Esto es algo que identifica al establecimiento de comercio pero que va a estar cedido intrínsecamente por el hecho de estarse cediendo un negocio en marcha, aun cuando jurídicamente no sea un concepto comerciable porque el rotulo no tengo como venderlo (a menos que sea una marca registrada).

### **Clientela**

Interesa por la **protección de la no competitividad del vendedor.** Como se decía anteriormente, la clientela básicamente es aquel componente del establecimiento de comercio; personas que están vinculadas con mi local comercial. Es un concepto etéreo en el sentido de que cuando se vende el establecimiento de comercio se vende también el derecho a que el nuevo dueño de ese establecimiento sea capaz de capturar a la misma clientela que tenía yo antes para que entren a su negocio para generarle un ingreso. No es que este cediendo jurídicamente una relación contractual con cada uno de mis clientes, de hecho, normalmente un establecimiento de comercio no tiene una relación contractual con sus clientes sino hasta que se celebra un contrato específico y determinado de C-V de un producto o servicio. Solo por el hecho de ser cliente no se tiene necesariamente una obligación o derecho exigible, sino que solo cuando celebro o ejecuto un contrato de C-V de un producto o de la prestación del servicio. Entonces no es que en la venta del establecimiento de comercio se ceda un contrato marco que tenga con cada una de las personas que hayan entrado al negocio. La clientela es un concepto anterior, un concepto mucho más etéreo.

Como es un concepto anterior y etéreo, que **no puedo proteger por la vía de un contrato específicamente** es que se genera esta creatividad entre el comprador y el vendedor del establecimiento de comercio.

¿Cómo hago yo para proteger mi clientela? En estas tratativas entre comprador y vendedor de un establecimiento, ciertamente puede haber distintas maneras de enfrentar este problema. Tradicionalmente se enfrenta a través de las cláusulas de no competir. Porque, como la clientela es algo etéreo, una probabilidad respecto del establecimiento de comercio, esta probabilidad viene determinada por eventos que más tarde son llamados **riesgos comerciales**. Dentro de esos eventos de riesgos hay innumerables eventos por los cuales mi clientela decaiga. Si después de comprar un establecimiento presto un mal servicio que no se parece al estándar anterior voy a perder clientela, pero por una causa que está bajo mi control. Este es un evento, pero es un riesgo comercial que toma el comprador por el hecho de desarrollar ese negocio. Sin embargo, tengo algunos riesgos comerciales que no están en control solamente del comprador, porque puede que haya riesgos comerciales que tengan que ver con el control de terceros. Por ejemplo, si compro el local de la esquina y estoy seguro de que tengo una gran clientela de estudiantes que en cierto horario van a tomar café, pero estos en un tiempo ya no van a estar, se acabara el establecimiento. Este es un riesgo comercial que si bien no está en manos del comprador, no es un riesgo comercial que sea oponible al vendedor.

Por lo tanto, tengo ejemplos de riesgos comerciales que están en control del comprador (La continuidad y calidad en la prestación de servicio futuro), riesgos comerciales que están en manos de 3º, en donde ni comprador ni vendedor tienen control (ejemplo de mover la base de clientes de un establecimiento de comercio) y tengo eventos de riesgo comercial que están en manos del vendedor, en donde el más relevante es la capacidad de competir. Y para que ese factor que esta en manos del vendedor, que es la competencia que estableció respecto a mí en una ubicación geográfica que le permita a él recapturar su clientela, lo que esta haciendo es atentar contra el concepto de la venta del establecimiento de comercio. En definitiva, cuando le compré el establecimiento, compré incorporado en este a los clientes. Y como estos son una probabilidad, una expectativa y no una relación jurídica, yo no tengo como prohibirle al cliente que vaya comprar al otro establecimiento. Pero si puedo establecerle una prohibición al ex dueño del establecimiento para los efectos de que él respete su intención de venta del establecimiento de comercio y no de los individuos que lo componen solamente.

Por eso es que este tema, que es muy del derecho económico, del derecho de la libre competencia. Las cláusulas de no competir, cuando se trata de la venta del establecimiento de comercio es una cuestión permitida incluso al amparo o bajo el examen de las leyes de anti-competencia<sup>21</sup>. En la medida de que no existan buenas razones, no hay ningún derecho de nadie de imponer restricciones a la libre competencia, porque esta se eleva a la categoría de bien jurídico protegido en el sentido de que existiendo libre competencia, existirá desarrollo económico en función del modelo económico recogido. Entonces, teniendo la libre competencia como un bien jurídico protegido, la idea es que las conductas que atentan contra este bien se prohíben o se restringen, y se sancionan. Es por eso que no puedo andar imponiéndole restricciones de competir a cualquiera, porque en definitiva me voy a topar tarde o temprano con la norma económica que impide esas conductas, salvo que existan buenas razones de corte económico.

---

<sup>21</sup> La ley anti-competencia básicamente es materia de derecho económico, porque son reglas para el desarrollo de la economía dadas por el estado (reglas de derecho público). Estas reglas existen a partir de los años '70 a propósito del nuevo régimen económico implantado en el periodo militar de la época, básicamente tienen un sustrato de la libre competencia

Dentro de esas **buenas razones de corte económico**, una razón relevante es la venta de un establecimiento de comercio. Por eso es que un tribunal de defensa de la libre competencia aceptan la existencia de las cláusulas de no competencia, con ocasión de las ventas del establecimiento de comercio. No se sancionan como ilegales, básicamente porque su criterio es que estas cláusulas de no competir tienen que cumplir **2 grandes requisitos**:

1. Tienen que tener una **causa o una razón económica** (*consideration*)
2. Tiene que tener un **plazo determinado**, o sea, no se aceptan las restricciones indefinidas.

Entonces, estas cláusulas de no competir que se establecen en los contratos de venta de un establecimiento de comercio son cláusulas que son válidas al amparo del derecho chileno. En la medida que se trate de cláusulas de no competir que tengan un plazo máximo determinado, donde su determinación es una cuestión de hecho que examinara el tribunal de fondo, se verá si estas protegen la razón o causa económica o bien atentan contra la libre competencia.

La razón económica es básicamente la *consideration* que nosotros podríamos definir también como **precio**. Cuando yo pago por la no competitividad, yo tengo una causa. Lo que pasa es que el precio no es la única razón, y en la venta del establecimiento de comercio eso se nota, porque cuando se valoriza un establecimiento de comercio, normalmente se hará por medio de esos flujos que ese establecimiento me va a generar hacia el futuro. Uno de los factores relevantes en esa valorización es la clientela, pero hay también un sinnúmero de factores relevantes: la marca, la ubicación, el local comercial, la calidad del servicio, los estándares de la normativa, etc., que son en definitiva los que me van a marcar si ese flujo se cumple o no se cumple. Por lo tanto, yo no puedo decir estrictamente hablando que el precio es la única contrapartida, o la única causa o razón para celebrar un contrato por el cual se prohíba competir. Por eso es que más bien yo trato de asimilar el concepto de causa que nosotros conocemos los eventos de los actos o contratos, que va mucho más allá de la pura prestación correlativa que otorgo en el contrato de compraventa del establecimiento de comercio.

Lo relevante entonces es que estas cláusulas de no competir en materia de C-V de establecimientos de comercio **son lícitas**; supuesto que se cumplan estos estándares mínimos, y tienen todo que ver con la cesión del conjunto y no de la individualidad.

### **Artículo 3 N°9: Empresas de seguro**

#### **Críticas a la definición contemplada en el Ccom:**

Artículo 512 del Ccom:

*“Contrato bilateral, condicional y aleatorio por el cual una persona natural o jurídica toma por sí por un determinado tiempo todos o alguno de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida o cualquier otro daño estimable que sufran los objetos asegurados”.*

1) **No se trata de un contrato aleatorio**, en términos jurídicos no hay aleatoriedad (en términos económicos sí puede serlo), puesto que ninguna de las partes compra el “*aled*” ninguna de las partes tiene contingencia de ganancia o pérdida, ninguna está comprando la chance.

Para el asegurador la aleatoriedad es mermada por el hecho de que las aseguradoras poseen bases de datos en donde tienen información referente a cada persona; al estado de la cuestión asegurada y el historial de siniestros por las cuales ha tenido que responder el seguro; de manera que la prima varía dependiendo del nivel de riesgo de la persona. Por tanto, las aseguradoras hacen un análisis económico del riesgo de asegurar al futuro asegurado en términos probabilísticos<sup>22</sup>.

Para el asegurado tampoco es aleatorio, porque: **(i)** el pago de la prima es el pago del traspaso del riesgo (el asegurado no está ganando nada), **(ii)** los seguros son indemnizatorios, no reportan una ganancia para el asegurado. (Por ej. Una persona contrata un seguro con monto indemnizable hasta 10.000 UF, si el siniestro ocurrido está avaluado en 5000 UF, la aseguradora responderá por ese monto, aun cuando su monto de indemnización máximo sea el doble, el asegurado no se puede hacer millonario en base al seguro).

2) **No es un contrato condicional**, sino que es un contrato puro y simple. La aseguradora se obliga a cubrir todo riesgo cubierto en la póliza y el asegurado se obliga a pagar mensualmente la prima, otra cosa es que eventualmente se devengue o se genere una obligación adicional que es la de indemnizar el siniestro ocurrido.

3) La definición **es insuficiente** puesto que se refiere solo a seguros de daños, olvida otro grande grupo de seguros como los de vida, de accidente, de salud, de integridad corporal, de patrimonio total, etc.

Además reconoce que la indemnización se paga con una suma de dinero, obviando el hecho que se puede indemnizar por otras vías por ejemplo con la entrega de otro auto en el caso de un seguro de auto, o en el caso del seguro de salud, la aseguradora se encarga de pagar los gastos médicos, no es que entregue el dinero para que la persona pague por sí misma los costos médicos.

4) Por último, la definición dice que pueden ser aseguradoras personas naturales o jurídicas, sin embargo según la Ley de seguros (DL N° 251) señala que los aseguradores pueden ser solo compañías, sólo **sociedades anónimas especiales autorizadas por la SVS** (no cualquier persona de jurídica, sino una particular persona jurídica).

---

<sup>22</sup> La aseguradora funciona bajo la noción de que ocurrirán ciertos números de siniestros, y que su margen operacional está siempre que ese margen no se supere, tratan por tanto de que los siniestros ocurridos estén lo más alejado posible hacia debajo de ese margen. En otras palabras, las aseguradoras asumen que habrán siniestros, pero no que estos serán de tal envergadura que harán quebrar a la aseguradora. Esto se ve reflejado en la existencia de empresas re-aseguradoras, empresas que aseguran a empresas de seguros (es un re-seguro) Por ejemplo. En el 9-11 en EEUU las reaseguradoras fueron las que perdieron, puesto que las aseguradoras luego de pagar subrogan en la acción a los asegurados y cobraron las indemnizaciones a las reaseguradoras

### Clasificación de las empresas de seguros:

Las empresas de seguros se dividen en dos grupos: **(i)** seguros de riesgo de cosa o patrimonio y **(ii)** seguros de riesgo de personas.

Las compañías de seguro no pueden pertenecer a ambas, sino que tiene que estar constituida una para cada grupo, sin perjuicio de que puede haber clases de seguro que pueden ser prestados por los dos grupos de compañías.

### Artículo 3 N° 11: Operaciones de Banco

Los bancos son **sociedades anónimas especiales** que están reguladas en la Ley General de Bancos (DFL N°3), su función fundamental es captar dinero del público y prestárselo a terceros (captar y colocar). La gran ganancia del banco es la llamada *tasa de intermediación* o el llamado “*spread*”, que es la diferencia entre la tasa de captación (tasa de interés a la cual las personas colocan dinero en el banco) y la tasa de colocación (tasa de interés a la cual el banco presta dinero a las personas).

Además de esta función principal los bancos tienen otras **funciones contempladas taxativamente** en el Art. 63 de la LGB, esto implica que **(i)** los bancos no pueden realizar ninguna otra actividad que no esté contemplada en dicho artículo, y **(ii)** hay ciertas funciones que son exclusivas de los bancos, de manera que se transforman en delito si son realizadas por otras organizaciones.

Los bancos además de ser sociedades anónimas, son sociedades anónimas especiales que requieren de una **doble autorización** de la SBIF y hasta cierta medida de la SVS en cuanto participan los bancos como intermediadores en el mercado de valores.

Requieren para su formación de un **patrimonio mínimo**. También deben cumplir el requisito de mantener una “**reserva técnica**”, lo que quiere decir que deben poseer siempre cierta liquidez, lo que implica que no pueden prestar todo lo que poseen<sup>23</sup>.

Otra de las actividades del banco además de recibir depósitos y celebrar cuentas de cuenta corriente son: puede emitir bonos, pueden hacer préstamos con o sin garantía (en el último caso encontramos al préstamo de consumo. En el primer caso encontramos a los préstamos hipotecarios, y a los automotrices que tienen garantía real sobre el vehículo), pueden emitir tarjetas de crédito o cartas de crédito (importantes en financiamiento internacional), captar y colocar dinero, etc. (revisar el artículo 63 para completar la lista)

La función del banco es esencialmente la de **intermediar entre ahorrantes** que quieren sacar rentabilidad a su dinero y **personas que necesitan financiamiento**, por eso la Ley le da a las operaciones bancarias el carácter de mercantil. Mientras que para el banco serán siempre operaciones mercantiles, para la contraparte será una obligación mercantil o civil dependiendo de la aplicación de la teoría de lo accesorio.

---

<sup>23</sup> Cuando esa reserva técnica no se alcanza o por algún motivo se muestra insuficiente se produce lo que se conoce como “corralito”, esto ocurre cuando todo el mundo va a buscar sus ahorros, pero como el banco no tiene la obligación de mantener el 100% de sus ahorros en caja, el banco se ve imposibilitado de cumplir su obligación al no tener liquidez.

### Artículo 3 N°11: las operaciones de cambio

**Contrato de cambio:** Las operaciones de cambio están reguladas en el artículo 3 n°10 y n°11 parcialmente del Ccom. Nosotros ya vimos que el artículo 3 n°10 del Ccom contempla los actos de comercio formales, pero además hay una referencia en el artículo a las remesas de dinero que se hagan en virtud del contrato de cambio. Nosotros las estudiamos de forma separada porque no tienen mucho que ver con los actos de comercio formales, pero están juntas en el mismo numeral porque la norma se refiere a las actividades relacionadas con los contratos de cambio. Si recordamos el contrato de cambio es de donde nace la letra de cambio, y hasta cierto punto se encontraban en la Ley chilena unidos, puesto que no se podía emitir una letra de cambio sin un contrato de cambio, sin embargo como hoy en día esto no es así por lo estudiamos separados. Además su importancia práctica es mínima dado que está en desuso.

Esta parte del numeral 10 dice que *son mercantiles las remesas de dinero que se hagan de una plaza a otra en virtud de un contrato de cambio*. Un contrato de cambio es un contrato en virtud del cual una persona se obligaba a pagarle a otra en un lugar distinto, la idea de la norma es que esa remesa, ese envío de dinero, es mercantil.

**Trueque de monedas:** Es la operación de cambios nacionales e internacionales, vale decir es el **cambio de divisas**, los bancos cambian divisas, las cajas de cambio también. Esto está regulado en la Ley orgánica del Banco Central (LOCBC), además hay normas especiales referidas a cambio de divisa internacional.

Lo importante es que el trueque será mercantil para el respectivo banco o caja de cambio, y será mercantil o civil para la contraparte dependiendo de la aplicación de la teoría de lo accesorio (el Ccom los considera mercantil por ser una actividad de intercambio).

### Artículo 3 N° 11: Operaciones de corretaje.

Cuando vimos mandato dijimos que el Ccom trata el corretaje como mandato, pero en verdad no es un mandato. Las operaciones de corretaje son realizadas por los corredores, el Ccom parte de la idea de transformar en un oficio público la profesión de corredor (art. 48 y ss. del Ccom).

Artículo 48 del Ccom: “*Los corredores son oficiales públicos instituidos por la ley para dispensar su mediación asalariada a los comerciantes y facilitarles la conclusión de sus contratos*”

El sistema de corredores públicos en Chile jamás ha funcionado. El art. 80 del Ccom autoriza a que personas que no cumplan los requisitos para ser corredores públicos igual puedan ser corredores, con la única prohibición de que no pueden incurrir en ciertas inhabilidades contempladas en el artículo 55 del Ccom<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Art. 55: los que tienen prohibición de comerciar; los menores de veintiún años; los que han sido destituidos de este cargo y los que hubieren sido condenados a pena aflictiva o infamante. En la práctica ellos son corredores, sin perjuicio que ciertas clases de corredurías tienen estatutos especiales por ejemplo los corredores de seguro regulados en la ley de seguro (DFL N° 251) y los corredores de bolsa regulados en la ley de mercado de valores (aunque los corredores de bolsa no son corredores propiamente tal).

Respecto a su **mercantilidad**, la correduría es comercial para el corredor, respecto de la persona que contrata con el corredor es mercantil o civil dependiendo de la aplicación de la teoría de lo accesorio.

Hay una discusión interesante en relación a si los corredores de propiedades ejercen una actividad mercantil o civil. La **tesis tradicional** (planteada por Sandoval) señala que lo que sería mercantil es la correduría, porque como ya vimos la correduría es intermediación, es que una persona preste su asesoría profesional para que otras dos personas celebren un contrato, acerca a las partes, a él (al corredor) le interese que el contrato se celebre. **Puga** considera que la correduría de propiedades no son mercantiles y por tanto son civiles y que en definitiva que el art. 48 Ccom no exija que la correduría se refiera a operaciones mercantiles, no implica que las corredurías referidas a operaciones no-mercantiles se transformen en mercantiles por ser realizadas mediante correduría.

La jurisprudencia en una sentencia de la **Corte Suprema del 2008** ha señalado que por definición, el acto de mediación que dispensa los corredores de propiedad es siempre mercantil, y para el cliente que celebra el contrato de correduría con el corredor reviste el carácter de ser un acto mixto o de doble carácter (que es la tesis de Sandoval y parece ser la correcta), porque lo que es mercantil es el acto de intermediación del corredor, la correduría en sí misma es mercantil.

Hay que hacer una distinción acá, puesto que en materias de personas jurídicas tenemos que estar al estatuto de estas. Las sociedades anónimas siempre son mercantiles, entonces esa empresa de correduría SA será mercantil por ser una sociedad anónima. En consecuencia la discusión se da en corredurías mediadas no por sociedades anónimas.

### Artículo 3 N° 12: Operaciones de bolsa

#### Introducción al tema:

El mercado de valores es parte de lo que se llama el **mercado de capitales**: el cual se compone del **mercado financiero** (representado por los bancos) y del **mercado de valores** (representado por la intermediación de valores realizadas -de la manera mas visible- en la bolsa de valores).

Este mercado de valores como sub-mercado del mercado de capitales, está compuesto por todas las operaciones en las que se transan instrumentos de carácter transmisibles independiente del plazo que estos instrumentos tengan. El Ccom no hace ninguna referencia a esto salvo el numeral 12, y algunas disposiciones especiales aplicadas a la correduría, pero la materia no está regulado orgánicamente en el Ccom (de hecho la primera bolsa de comercio de Santiago es posterior a la creación del Ccom).

Las operaciones de bolsa están reguladas actualmente de forma principal en la **Ley de Mercado de Valores** y su Reglamento. Además existe un órgano administrativo que está encargado de la supervigilancia -entre otros- del mercado de valores, que es la **SVS**, regulada por el **DL 3538**. Esta superintendencia además de aplicar las normas legales tiene **potestades reglamentarias**, en el sentido que puede dictar **tres tipos** normas: **(i)** circulares, **(ii)** normas de carácter general y **(iii)** los llamados juicios circulares. La más importante para el mercado de valores es la norma general N°30 que es la que regula la mayor parte de las cuestiones relacionadas con el mercado de valores.

La SVS también regula a las bolsas de comercio, a las compañías de seguro, en general a las sociedades anónimas abiertas, y tiene competencia sobre ciertas SA especiales. En algunos casos tiene competencia en conjunto con la SBIF sobre algunas SA especiales como los bancos, también tiene competencia en conjunto con la Superintendencia de pensiones sobre las AFP.

También existen otras **reglas especiales** que se aplican al mercado de valores: algunas disposiciones de la Ley de sociedades anónimas y su reglamento, en materia de fondos de inversiones Ley N° 18.615, en materia de fondos mutuos, DL N° 3500 sobre AFP, normas sobre depósito también se aplican (lo importante es que la regulación orgánica no está en el Ccom y que se remite principalmente a la Ley de Mercado de Valores). Las bolsas de comercio también dictan sus propios reglamentos internos los famosos reglamentos de operaciones.

Art. 38 LMV (Ley de Mercado de Valores): *“Las bolsas de valores son entidades que tienen por objeto proveer a sus miembros la implementación necesaria para que puedan realizar eficazmente, en el lugar que les proporcione, las transacciones de valores mediante mecanismos continuos de subasta pública y para que puedan efectuar las demás actividades de intermediación de valores que procedan en conformidad a la ley.”*

La bolsa nació como un lugar en donde los comerciantes podían intercambiar primero bienes (hoy en día existen aún bolsas de productos, de naturaleza más agrícola) para luego dar paso a las bolsas de comercio para instrumentos financieros, que son lugares de reunión que se transformaron en el lugar físico por excelencia en donde se transan títulos de oferta pública.

De esa definición hay que separar dos cosas: **(i) la bolsa como lugar de encuentro** de los comerciantes en la edad media y hoy en día de los comerciantes e intermediadores financieros del S.XXI y **(ii) la bolsa como entidad jurídica**, la bolsa como SA especial que debe ser autorizada por la SVS, y que tiene regulación especial en la LMV. Esta última tiene **requisitos de capitalización** (deben tener un capital efectivo mínimo), que tiene una serie de **obligaciones** y que está sujeta a la constante **supervigilancia de la SVS** (el control busca evitar descalabros en el mercado como por ejemplo que las acciones de la polar bajen mucho luego del escándalo del año pasado, y en el caso contrario para evitar especulaciones excesivas cuando las acciones suben mucho).

En Chile tenemos tres bolsas de comercio: bolsa de comercio de Santiago, bolsa de comercio de Valparaíso y la bolsa de comercio electrónica (hubo un intento de proyecto de bolsa de comercio en Concepción más nunca se hizo).

Las bolsas son relevantes para el mercado de valores porque funcionan como **mercados secundarios**, donde se “re-venden” productos.

Las **funciones** de la bolsa de comercio son tres: **(i) facilitan el flujo** entre oferentes y demandantes, entre ahorristas o ahorrantes e inversionistas, porque las bolsas funcionan como lugares común de reunión de comerciantes tal como en la edad media **(ii) optimiza la asignación de recursos** porque los recursos se asignan a las alternativas más rentables y seguras según las necesidades de los sujetos y **(iii) proporcionan este mercado secundario**.

En el mercado de valores existen **dos tipos de intermediadores**: los agentes de valores y corredores de bolsa; los únicos que pueden participar en la bolsa son estos últimos, los agentes de valores pueden intermediar valores pero deben hacerlo fuera de la bolsa.

Los corredores de bolsa tienen una regulación especial en la LMV, en la norma de carácter general N°30, además hay ciertas disposiciones administrativas dictadas por la SVS relativas a los corredores de bolsa. Existen además ciertos **requisitos para entrar a una bolsa de valores**; los corredores deben estar inscritos, ser miembros de una bolsa de comercio particular para ir a una sala de rueda<sup>25</sup>.

Como se mencionó anteriormente tienen que estar inscritos en un registro especial de la SVS; puesto que el ejercicio ilegal también constituye delito.

Se discute si la actividad que realizan los corredores de bolsa es o no mercantil. Los corredores de bolsa como se adelantó anteriormente no son corredores propiamente tal, porque ellos realizan la contratación a nombre de quien les da la orden de comprar o vender. La correduría no es un mandato, sin perjuicio que el corredor puede actuar como comisionista en cuyo caso se transforma en comisionista.

Ahora bien, si entendemos que la actividad que realiza el corredor de bolsa son operaciones de bolsa, será mercantil. La acertada conclusión de **Puga** es que el corredor de bolsa es un comerciante porque hace de la realización de operaciones de bolsa su profesión habitual, haciendo aplicación del Art. 7 del Ccom. En consecuencia las operaciones serán mercantiles para él, y para la contraparte – el ahorrante- será mercantil o civil dependiendo de su actividad (aplicación de la teoría de lo accesorio).

En la bolsa **se transan valores de oferta pública**, la Ley no define valores, pero da un concepto general en el art. 3 de la LMV.

Art. 3 de la LMV:

*“Para los efectos de esta ley, se entenderá por valores cualesquiera títulos transferibles incluyendo acciones, opciones a la compra y venta de acciones, bonos, debentures, cuotas de fondos mutuos, planes de ahorro, efectos de comercio y, en general, todo título de crédito o inversión.*

*Las disposiciones de la presente ley no se aplican a los valores emitidos o garantizados por el Estado, por las instituciones públicas centralizadas o descentralizadas y por el Banco Central de Chile.”*

---

<sup>25</sup> Antes se exigía que los corredores de bolsa fueran accionistas de la bolsa de valores (que tuviesen una acción), pero como las bolsas tienen requisitos de capitalización mínima entonces debían poner el dinero equivalente a una acción que fuese un % de dicha capitalización mínima (lo cual era muy costoso). Con la Ley se acabó esto, esto se llama desmutualización de la bolsa de valores.

En general podemos decir que en la bolsa se transan **tres tipos de valores**: **(i)** acciones y suscripción de acciones, **(ii)** instrumentos de renta fija (por antonomasia es el bono), se refiere a títulos que representan obligaciones que son generalmente en serie (por ejemplo talonario de bonos), y cuyo plazo de vencimiento es generalmente superior a un año (son emisiones de deuda de largo plazo), y **(iii)** los instrumentos de intermediación financiera que se refieren a los efectos de comercio: los pagarés, los certificados de depósito bancario que a diferencia de los otros no se emiten seriados y generalmente se emiten por plazos inferiores a un año (son emisiones de deuda de corto plazo).

Las operaciones de bolsa se refieren a estos tipos de instrumentos, las que solo pueden ser realizados por corredores de bolsa, que son los únicos autorizados para actuar en una bolsa de comercio. Las operaciones de bolsa se llevan a cabo en rueda, que es algo que se hace en la sala de rueda a viva voz, que se llama “pregón”.

#### **Algunos conceptos:**

- La **renta directa** es cuando el corredor es corredor y comprador a la vez.
- **Oferta firme**, es cuando hay un solo precio.
- **Tele-pregón**, se da en la bolsa de comercio electrónica, el pregón se realiza de forma electrónica y si dos pisos calzan se produce la venta de forma automática en los computadores.
- Los **remates** de SA especiales que no son abiertas se realizan en determinadas fechas (mientras que las obligaciones de bolsa se realizan de lunes a viernes).

Es importante tener en cuenta que operación **en** bolsa no es lo mismo que operación **de** bolsa, lo que significa que no toda operación realizada en el interior de una bolsa de comercio será una operación de bolsa, vale decir, que no importa el lugar físico. Tenemos que volver a la definición de bolsa de valores, que nos señala que las operaciones de bolsa se van a referir a dos cosas: **(i)** transacción de valores mediante mecanismos continuos de subasta pública, y **(ii)** a las otras entidades de valores que procedan conforme a la Ley. Las demás entidades realizadas en el interior de bolsa son operaciones en bolsa (y no operaciones de bolsa).

### **Empresas constructoras de bienes inmuebles por adherencia (art. 3 n° 20)**

La doctrina clásica señala que **del derecho comercial están exentos todos los actos sobre inmuebles**. Se esgrime el **argumento histórico** en relación a que lo que importaba en el tráfico mercantil de la baja Edad Media no eran los bienes inmuebles, sino las **mercaderías**, entendidas como **bienes muebles susceptibles de ser transportados**. En definitiva, toda la regulación comercial se refería principalmente al transporte de mercaderías y se excluía de toda la regulación mercantil los actos sobre bienes inmuebles.

Así, **el Código de Comercio chileno excluye de forma directa los actos sobre bienes inmuebles**. Si bien, puede existir dentro de la compra del establecimiento mercantil, la compra de un local comercial que es un inmueble, ésta sigue siendo parte de esta operación de compra del establecimiento mercantil completo. Al mirar el **art. 3 N°1**, se aprecia que este se refiere exclusivamente a actos sobre bienes muebles.

Sin embargo, el **argumento histórico** de que en un comienzo el comercio se refirió a bienes susceptibles de ser transportados **ya no es válido en el derecho moderno, pues muchas empresas hacen un negocio –lucran- con compra y venta de propiedades**, desarrollando una actividad en el tráfico comercial que consiste en comprar propiedades baratas y venderlas más caras, o comprar propiedades para luego arrendarlas, o comprar propiedades en remates y luego venderlas. Claramente **tenemos el elemento especial del derecho comercial que es el ánimo de lucro, y a la vez, la compra con intención de vender**. Otra cosa es que al momento de vender, la propiedad no deje ganancias o estas sean reducidas, pues lo que importa es el ánimo de vender.

**Esta práctica de hecho choca con la regulación del Código de Comercio** que excluye la compraventa mercantil sobre bienes inmuebles. No es así el caso colombiano, que acepta los actos sobre inmuebles, aunque no de forma directa, lo que sucede es que al hablar de compraventa mercantil, no utiliza la expresión “bienes muebles”.

Si se lee a los **primeros tratadistas de la primera mitad del siglo XX en Chile**, (Gabriel Vargas) plantea que **los actos sobre inmuebles están excluidos por no cumplir con las características de los bienes sobre los que recae el derecho comercial, que es su rápida cedibilidad**. El redactor del **Código de Comercio** mencionaba que los contratos de **compraventa de casas o locales no eran actos de comercio** porque no cabían ni en el N°1 ni en el N°3, por tanto estas **serían actividades civiles**.

La **doctrina contemporánea** plantea que el **C.com. no sigue una teoría objetiva** puesto que reconoce la actividad empresarial y en ese sentido, si la empresa de transporte, por ejemplo, compra un bien inmueble, esta compraventa por acceder a su giro, sería de tipo mercantil y el art. 397 CCom sobre las sociedades colectivas mercantiles, se entiende que el administrador de la sociedad tiene facultades para realizar la venta de inmuebles cuando ello sea parte de su giro, es decir, el propio C.com. habla sobre una sociedad mercantil que puede tener como giro vender inmuebles.

La doctrina más antigua señala que los actos sobre inmuebles están fuera del derecho comercial. La doctrina moderna por otro lado señala que **de *lege lata* los actos sobre inmuebles están fuera del derecho comercial, por aplicación del 3 n°1, pero de *lege ferenda* debería modificarse e incluirlos porque en la sociedad actual sí se trata de una actividad especulativa que tiene ribetes mercantiles**, pero chocamos con la falta de reforma, por eso el año 1977 el DL 1953, **incluyo el numeral 20 al artículo 3º**, que son mercantiles las empresas de construcción inmuebles por adherencia y termina con una norma de clausura. El Ccom. original no contenía estos actos de comercio, pero si estaban en los borradores.

**Lo que es mercantil es el giro de la construcción de bienes inmuebles por adherencia**, es decir, la empresa constructora que compra los materiales y contrata las maquinas, **no está incluido el giro inmobiliario que sigue siendo de carácter civil**. Esto no es un error legislativo, no se tuvo la intención de ingresar los actos sobre inmuebles al derecho comercial, **lo que se intentó hacer fue aplicar el estatuto mercantil a estas empresas constructoras, lo que significa que para efectos de la ley de quiebras, se volvían deudores calificados**, que tienen un estatuto especial que hacen su quiebra más gravosa, en el sentido de las obligaciones que tienen que cumplir los obliga a solicitar su propia quiebra y además hace procedente que el administrador en quiebra, ya sea persona natural o jurídica, eventualmente tenga responsabilidad penal bajo la figura de la quiebra culpable o quiebra fraudulenta. La intención del legislador no fue hacer una reforma profunda en el sentido de incorporar los actos sobre inmuebles al derecho comercial chileno, si no que se intentó incluir esta clase de empresas para que pudiesen ser transformados en deudores calificados.

La tesis de Puga es que estos serían igualmente actos mercantiles, sin necesidad del numeral 20, puesto que realizarían la actividad bajo la forma de organización de una empresa.

Para que sean un acto de comercio deben:

- (i) **Tratarse de una empresa cuyo giro sea la construcción**, lo que excluye a otras empresas que ejecuten actos sobre inmuebles como las inmobiliarias o las administradoras de edificios, sin perjuicio que en Chile por el concepto de “negocios” del SII que considera que el administrador de edificios sería comercial por aplicación de la figura de agente de comercio (3 n°7), lo que es discutible, pero para todos estos efectos no va a ser comprendido en este acto de comercio la administradora de edificios.
- (ii) **Que se dedique a la construcción de bienes inmuebles por adherencia**, numeral 20 da una serie de ejemplos.

*Artículo 3: “Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos:*

*Nº 20 Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza”.*

La inclusión de estas empresas se refiere a una cuestión formal que tiene que ver con la aplicación del derecho de quiebras y no con algo del fondo para aplicar la legislación comercial como una especie de reforma y avance en materia mercantil.

### Sujetos de Derecho Comercial.

#### Distinción entre comerciante y empresa.

El concepto de comerciante supone el primer eslabón de una cadena, que en las sociedades industriales y postindustriales terminan en el concepto de empresa. Comerciante es un término que remite a cierta individualidad, es más artesanal, supone una escala reducida, al contrario del concepto de empresa, que agrega una organización empresarial a su intercambio.

El concepto de empresa, si bien es cierto que se desarrolla fundamentalmente en las sociedades industriales y postindustriales, tiene un antecedente en la época de formación de las principales instituciones del Derecho comercial, esto es, la baja edad media en adelante.

El concepto de **comerciante** supone **profesionalismo y habitualidad**. El concepto de **empresa** agrega además, la **facultad de organización**.

La **figura del comerciante cuenta con un aspecto objetivo** que está dado por el **Art. 3 C. Comercio** en el Derecho chileno. La teoría tradicional de actos de comercio, conformada por la teoría de lo accesorio, de los actos mixtos, no tiene mucho sentido a la luz del C. Comercio chileno o francés, porque en realidad se trata de la regulación de actividades comerciales (es la tesis de Puga, opuesta a la tesis tradicional). Por tanto, el concepto objetivo de comerciante es, en principio, quien desarrolla las actividades mercantiles que la ley ha establecido en el catálogo del C. Comercio (hay otras fuentes de mercantilidad más allá del Art. 3, pero en principio es ese). Es el ámbito objetivo fijado por ley, no existe mercantilidad fijada por las partes ni por los tribunales de justicia: la mercantilidad está determinada por ley.

Luego viene el **aspecto subjetivo**, donde cabe derechamente la figura del comerciante. La mayoría de los códigos modernos (Código francés en adelante) basa la figura del comerciante en dos ejes principales: profesionalismo y habitualidad. En algunos casos, establecen un tercer requisito para ser considerado comerciante, que es la organización empresarial. Bajo el Art. 3º del C. Comercio existen ciertos supuestos de organización empresarial que son considerados comerciantes. Existen excepciones a esta regla, es decir, ciertos casos en que a pesar de no existir profesionalismo, habitualidad u organización empresarial, son considerados per se comerciales: fundamentalmente el Art. 3 n° 10 C. Comercio (cheques, letras de cambio y pagarés) y la Ley de S.A. que establece en su Art. 1 que todas las S.A. tienen carácter mercantil.

Dado que la organización empresarial no es un requisito necesario para la configuración de la figura

del comerciante, es posible que existan, por un lado, empresas no mercantiles, y por otro, comerciantes que no estén organizados como empresa. Por tanto, **los conceptos de comerciante y de empresa, no son equivalentes.**

Es importante leer en Puga la página 128 que trata las actividades para las que se requiere organización empresarial, y las actividades para las que no se requiere organización empresarial, bajo el Art. 3 C. Comercio.

#### Requisitos para ser considerado comerciante:

- 1. Profesionalismo:** Supone en primer lugar, conocimiento de materias determinadas y luego, hacer del ejercicio de ese conocimiento. La actividad profesional tiene que ser el principal sustento del comerciante y por tanto, la supone fines de lucro.

Esto es relevante para el Derecho Comercial porque no son consideradas mercantiles las actividades de asociaciones o personas jurídicas sin fines de lucro.

Adicionalmente, dentro del profesionalismo existe una tercera variante y es que las actividades comerciales deben desarrollarse a nombre propio, sin perjuicio de “a cuenta” de quien se desarrollan. O sea, el C. Comercio distingue figuras bastante antiguas, principalmente entre el factor de comercio y el mancebo o dependiente de comercio (auxiliares de comercio) y para efectos actuales, esta distinción está dada entre la alta gerencia y los empleados. Ninguno de ellos es necesariamente comerciante a pesar de cumplir sus funciones dentro de un establecimiento de comercio o al amparo de un comerciante, porque no realizan una función de comercio a nombre propio. Por ejemplo, un vendedor de una tienda del retail, no realiza una venta a nombre propio, sino de la empresa. Los efectos patrimoniales del acto que el vendedor desarrolla se radican en el patrimonio del comerciante, en este caso, la empresa y no en el patrimonio personal de quien lo desarrolla.

¿Por qué “sin perjuicio de a cuenta”? El comisionista es básicamente un mandatario para la ejecución de un acto o más actos de comercio, por ejemplo, los corredores de valores. Estos compran valores en la bolsa o fuera de ella a nombre propio, pero al final, transfieren esos valores al cliente que le encargó esa comisión. Actúan a nombre propio frente a terceros, pero lo hacen “a cuenta” de un tercero. Quien encarga la comisión puede exigir que se traspasen los valores en la rendición de cuentas.

- 2. Habitualidad.** El Código francés y el chileno distinguen entre la habitualidad y la principalidad. Es decir, la actividad no debe necesariamente ser la principal, pero sí habitual, lo que significa que puede coexistir con otras actividades que también sean habituales para el comerciante y que no sean de carácter comercial.

Según la Corte Suprema, es la *consagración constante a negocios propios del comercio y al ánimo de aplicar al giro de ellos una dedicación habitual.*

Aquí de nuevo la habitualidad tiene que ver con el desarrollo de actividades mercantiles y no con el desarrollo de actos de comercio. En el caso de una actividad que típicamente no es comercial, por ejemplo la actividad agrícola: un dueño de un predio agrícola que, en virtud de la explotación de

este, gira constantemente cheques. No por la realización constante de esos actos de comercio va a ser considerado comerciante. La habitualidad tiene que ver con el desarrollo de actividad mercantil, más que con el desarrollo de actos de comercio individualmente considerados, por muy constante que estos sean. No será considerado comerciante y no se generarán los efectos que esto trae consigo.

Sin perjuicio de esto, existen **cierto tipo de organizaciones que van a ser considerados per se mercantiles, como las S.A.** En virtud del **Art. 1 Ley 18.046** la S.A. es considerada siempre mercantil. Hay una regla similar respecto a las sociedades por acciones. En estos casos, la doctrina mayoritaria considera que, sin perjuicio de que las S.A. puedan no tener un giro mercantil y puedan no haber desarrollado nunca una actividad mercantil, su conformación como S.A. mercantiliza los actos que está desarrollando.

Puga considera que acá hay que distinguir y analizar las razones por las cuales la ley de S.A. estableció que la actividad de una S.A. iba a ser siempre mercantil.

Existen en principio razones históricas porque todos los antecedentes de Derecho continental establecían que las S.A. tenían carácter mercantil (Cód. francés). En 2º lugar hay que analizar los requisitos: una S.A. que no se dedica profesional ni habitualmente a actividades de comercio, no podría ser S.A. porque no cumple los requisitos básicos para serlo. En 3º lugar, Puga analiza la historia de la ley: en el C. Comercio francés se estableció que las S.A. iban a ser siempre mercantiles por una razón práctica. Es porque el procedimiento de quiebra, no estaba disponible para los deudores civiles, y hay un famoso caso en derecho francés, de la Sociedad del canal de Panamá. Esta dejó de cumplir sus obligaciones y no pudo ser sometida al régimen concursal sólo por el hecho de que no estaba organizada o que no tenía un giro claramente mercantil a pesar de ser una S.A. Lo que estableció el C. Comercio francés es que todas las S.A. por la entidad de los negocios que desarrollan, por la capacidad que tienen de levantar financiamiento en el mercado, por el interés en la fe pública, deben ser consideradas mercantiles y sometidas al estatuto especial.

Esa razón no existía en el Derecho chileno, pues siempre los deudores civiles han podido ser sometidos al régimen concursal general. Si hay distinción entre deudores civiles y comerciales es para la calificación de la quiebra.

Por ello, no había razón plausible para considerar a las S.A. per se como mercantiles. Lo que Puga dice, es que la única razón consiste en que el legislador consideró que como había sido hecho así en el resto de las legislaciones comparadas, sólo cabía alinear la legislación chilena a las legislaciones en las cuales se había inspirado. Sin embargo, le parece bastante razonable que las actividades de una S.A. puedan ser calificadas en muchas ocasiones como civiles, sin perjuicio de que se desarrollen al amparo de una S.A.

### **¿Por qué importa determinar la calidad de comerciante de una persona natural o jurídica?**

- **Reglas de capacidad:** Los menores adultos pueden desarrollar el comercio y para estos efectos, las actividades de comercio que desarrollen van a ser consideradas como parte de su peculio profesional.

Las mujeres casadas en sociedad conyugal (que hoy son absolutamente capaces) van a poder desarrollar la actividad comercial y será considerado dentro de su patrimonio separado (Art.

150 C. Civil). Esto significa que dentro de las actividades que desarrollen, van a ser consideradas como separadas de bienes, a pesar de estar casadas en sociedad conyugal, cosa que no ocurre con el marido casado en sociedad conyugal (las actividades comerciales que realice entrarán a la comunidad de bienes).

- **En materia de quiebra** (Este es el aspecto más relevante en la práctica): Los comerciantes tienen obligaciones y están sujetos a un estándar sancionatorio mayor que los no comerciantes. Esto es obvio, pues los comerciantes forman parte de una cadena de pagos (productor, comprador, vendedor, consumidor) y la situación que asumen por formar parte de ella, los pone en una situación obligacional distinta del resto. Así por ejemplo, el deudor comerciante está obligado a solicitar su propia quiebra si se configuran ciertos requisitos especiales; respecto del deudor comerciante se puede solicitar la calificación de la quiebra, que importa para determinar si la quiebra fue o no dolosa (si es dolosa hay ciertos ilícitos penales que establece la ley de quiebras).
- **Porque los comerciantes tienen ciertas obligaciones:** Establecidas en distintos cuerpos legales. El principal es el C. Comercio, y además C. Tributario y C. Civil.

Las obligaciones pueden agruparse en 4 grandes ejes:

**1) La obligación de llevar libros de contabilidad.**

La contabilidad es una ciencia que tiene por objeto determinar la situación patrimonial de una compañía en un momento determinado, y proyectar los resultados hacia el futuro. Permite obtener un balance y entender cómo ha funcionado la sociedad, proyectándola hacia el futuro a través, por ejemplo, de un estado de resultado (balance entre activos y pasivos).

Los libros de contabilidad están sujetos a ciertas reglas probatorias que escapan al estándar en materia de prueba documental en Derecho procesal civil chileno.

Existen, según el C. Comercio, ciertos libros obligatorios que deben llevar los comerciantes: el libro diario; libro mayor; libro de inventario y balances<sup>1</sup>.

Cada libro a su vez se subdivide en otro libro, y cada uno de estos supone una cuenta específica dentro de los libros mayores.

El **libro diario o primera entrada** supone el registro de las operaciones diarias del comerciante. Todas las actividades comerciales que realice serán anotadas, sin ningún filtro analítico.

El **libro mayor o segunda entrada** es el filtro analítico. En este van siendo anotadas las cuentas, por ejemplo lo que se recibió, las cuentas por cobrar, cuentas debe, etc. Supone una organización de la información desorganizada que fue ingresada al libro diario.

---

<sup>1</sup> Hoy casi ninguna compañía lleva la contabilidad de manera manual, sino que por ejemplo, a través de software que siguen lo establecido en la ley.

El **libro de inventario y balances** es básicamente un libro de existencias, es decir, todo lo que tenemos físicamente en este momento dentro de los activos valorizados de la compañía.

El **libro de cuentas corrientes** lleva todas las cuentas corrientes (mercantiles, no bancarias). La cuenta corriente mercantil es un contrato típico establecido en el C. Comercio en virtud del cual los comerciantes se realizan préstamos mutuos, con cargo a liquidar esa cuenta en algún momento determinado.

**Libros facultativos:** Son básicamente la apertura de las cuentas en estos libros principales. Así, por ejemplo, el **libro de caja** que es la apertura de la “cuenta caja”. En el libro caja hay entradas y salidas de dinero. El **libro bancos** contiene la relación con los bancos, movimiento de las cuentas corrientes; **libro de cuentas por pagar** (pasivo); **libro de cuentas por pagar** (activo), etc.

### Relevancia de los libros de contabilidad desde el punto de vista probatorio

La regla general en el Derecho Chileno respecto del mérito probatorio de los documentos que produce una parte, está en el Art. 1704 C. Civil. Únicamente hacen fe en contra, no se puede presentar prueba a favor. Sin embargo, en materia de libros de contabilidad respecto de los comerciantes existe una excepción: los libros de contabilidad sí pueden producir prueba en favor de quien los lleva cuando se reúnen 3 requisitos: (1) Que se trate de un juicio entre comerciantes (Art. 31 y 35 C. Comercio); (2) Que se alegue una causa de comercio. El juicio debe emanar de derechos y obligaciones surgidas de una actividad comercial; (3) que los libros sean llevados regularmente. La ley establece una serie de requisitos acerca de cómo deben ser llevados los libros (enmendaduras, etc.) Esto es un hecho importante pues los libros bien llevados pueden establecer prueba a favor de quien los lleva.

Sin embargo, existe una regla distinta que relativiza esto: Art 1708 y 1709 C. Civil que regulan la prueba testimonial, pero establece una regla que para efectos probatorios determina en qué casos un acto o contrato debe contar por escrito (sólo para efectos probatorios, no modifica la naturaleza consensual del acto). Cuando un acto debe contar por escrito no puede ofrecerse prueba testimonial. Deben contar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de entrega de una cosa de valor superior a 2 UTM. En la práctica, este principio tiene a su vez una excepción (Art. 1711 C Civil): respecto de aquellos actos o contratos en los cuales exista un principio de prueba por escrito podrá ofrecerse prueba testimonial. La jurisprudencia ha establecido que este principio de prueba debe provenir siempre de la otra parte, no de quien pretende hacerlo valer a favor de su posición procesal.

En los juicios entre comerciantes, **¿cómo se estima el valor probatorio de un libro v/s otro libro?**

- Si hay acuerdo entre un libro y otro, el tribunal estima que se ha producido un estándar de plena prueba, es decir, un hecho que ya no es capaz de controvertirse, y hacen plena fe en contra de cada uno de los comerciantes.

- En caso de desacuerdo, se anula, y las partes deberán probar por un medio distinto de los libros de contabilidad.
- Si los libros de una parte no han sido llevados regularmente, y los de la contraria sí, el comerciante que no los haya llevado regularmente, queda sometido a lo que esté dicho en los libros de la contraria. Sin perjuicio de ello, la ley supone que el hecho de no llevar regularmente los libros no siempre supone mala fe o dolo. Puede ser por negligencia o por culpa, y por tanto, la prueba que produce los libros de la contraparte puede ser controvertida.
- Si es que un comerciante oculta o destruye sus libros de contabilidad, el infractor va a quedar entregado a los libros de contabilidad de la contraria, y no podrá ofrecer prueba en contra de esos hechos.
- Finalmente, en materia de mérito probatorio de los libros, hay una regla en el Art. 39 C. Comercio que es fundamental, pues establece la indivisibilidad del mérito probatorio de los libros de contabilidad. Es decir, si alguien invoca un libro de contabilidad como medio de prueba, se toma en cuenta tanto aquello que le conviene como lo que lo perjudica.

## 2) Las obligaciones de realizar ciertas inscripciones en los registros de comercio.

En materia de sociedades existe un Registro de Comercio, llevado por el Conservador de Comercio. Este no debe confundirse con el Conservador de Bienes Raíces, aunque en la práctica, por lo general, ambos cargos los detente la misma persona (no es necesario que así sea).

Por regla general, la inscripción en el registro es una formalidad por vía de publicidad, salvo ciertos casos, como en las sociedades donde se trata de una solemnidad.

**¿Qué debe inscribirse en el registro de comercio? Art. 22 C. Comercio .** Dos obligaciones de inscripción fundamentales:

- Art. 22 n° 4. Sociedades. Cuando los contratos de sociedad son solemnes (desde las sociedades colectivas comerciales en adelante), requieren de su inscripción en el registro de comercio. Es parte de sus requisitos de constitución, una solemnidad.  
Lo que se inscribe y se publica, es un extracto de la escritura de constitución. En caso de modificación, se produce un acta que se lleva a una escritura pública, y también se inscribe y publica un extracto.

Como solemnidad, la falta de la inscripción trae aparejada la sanción de nulidad absoluta.

En la práctica, respecto de ciertas sociedades, y especialmente con las sociedades de Responsabilidad Limitada, se verificó tanta omisión de ciertas solemnidades, que fue necesario dictar la Ley de saneamiento de vicios de sociedades.

- Art. 22 n° 5. Los comerciantes están obligados a inscribir los poderes y las revocaciones de los poderes. La sanción es la inoponibilidad de ese mandato entre las partes, no así respecto de terceros de buena fe.

### 3) Obligación de los comerciantes de inscribirse en ciertos registros especiales.

No es por ser comerciante sino por realizar actividades tributarias: **RUT** (rol único tributario). Es un registro llevado por el SII, y cada vez que alguien sea o pueda ser sujeto de impuestos, está obligado a inscribirse, y si además va a iniciar actividades comerciales, está obligado a “iniciar actividades”.

Existen otro tipo de registros especiales que tienen que ver con su participación en ciertos sectores de la economía: Registro en el mercado de valores. También existe una obligación de inscribirse para las S.A. abierta en el registro de valores, lo que atiende a una razón de fe pública, y no por ser comerciantes.

### 4) Obligaciones tributarias<sup>2</sup>.

- Obligación de pagar patente municipal (Ley de rentas municipales): Porcentaje del capital propio tributario de la compañía, el cual se paga por la casa matriz y sucursales, en proporción a la cantidad de trabajadores que se desempeñen en cada una de ellas. Tiene un efecto más local (arcas municipales) que el resto de los impuestos.
- Inscribir facturas: En los casos de que sean comerciantes sujetos a la tributación del IVA (Ley del IVA) que grava las ventas y los servicios. Estos comerciantes están obligados a emitir facturas. Debe ser emitida al momento de la entrega, real o simbólica, de los bienes o servicios, o al quinto día hábil siguiente al mes que se realizó la transacción efectiva.

A partir de la Ley N° 19.983, la factura tiene mérito ejecutivo, lo que significa que ahora es un título valor, por lo que es transferible. Cualquier factura puede ser presentada al tribunal para iniciar un Juicio ejecutivo, sin necesidad de gestión preparatoria.

No es lo mismo un **negocio de acciones o compraventa de acciones** (se compran derechos), que una **compra del establecimiento de comercio puro**, que comprende la universalidad de hecho. De la primera manera, nos hacemos dueño de un patrimonio completo, de la otra manera, nos hacemos dueño del establecimiento de comercio.

¿Por qué podría yo querer comprar acciones, o querer comprar activos y pasivos directamente? ¿Qué efectos trae? Cambia la **formalidad de la cesión**: en el segundo caso sólo hay bienes tangibles; en el primer caso hay bienes tangibles e intangibles.

Tiene que ver con la naturaleza de los activos cedidos. En el primer caso uno puede comprar derechos, en el segundo uno puede comprar activos y pasivos del establecimiento de comercio. Además, desde el punto de vista del **alcance de lo que se compra** es distinto, en un caso es más reducido, en otro caso es más extenso.

¿Hay algo que permitan comprar las acciones y que no sea susceptible de adquirirse mediante la compra de un establecimiento de comercio? Ciertamente, cuando compro acciones o derechos, lo que compro son los derechos económicos y los derechos políticos (derechos de controlar, de administración o de conducción). O sea, desde el punto de vista del contenido, estoy adquiriendo derechos económicos y políticos; en el caso de la compraventa de activos y pasivos sólo estoy comprando derechos económicos.

Desde el punto de vista de la **determinación de las contingencias**, cuando compro las acciones de derecho compro todos los pasivos que tiene el patrimonio, en cambio en el establecimiento de comercio compro sólo los pasivos que tiene el establecimiento de comercio; mucho más reducido.

La **situación tributaria** (pueden haber situaciones de crédito o de débito fiscal que tienen que ver con el IVA) son derechos que están incorporados al patrimonio para imputar IVA. ¿Qué pasa con los pagos provisorios mensuales que yo le hago al Fisco a cuenta del impuesto a la renta, de forma anual? Los PPM. Esos pagos son anticipos de impuestos. Y esa es una situación tributaria relevante; ese patrimonio va a pagar un impuesto menor al año siguiente (en cambio, el patrimonio que no hace los PPM va a tener que pagar un impuesto mayor). Este anticipo es, por lo tanto, un derecho. Estas situaciones las compro con la adquisición de acciones, porque compro todo lo que se refiere a la situación tributaria.

¿Qué pasa si esta entidad tiene una **concesión, o una licencia, o un permiso** para explotar un negocio?<sup>1</sup> Cuando compro las acciones, compro todos los activos y pasivos, y dentro de eso tengo un activo intangible que es la concesión, la cual es mi derecho de explotar el negocio en cuestión.

Al comprar la entidad, estoy comprando todas las concesiones, licencias y permisos. Esto se puede extender a las patentes municipales, a las patentes de alcoholes, etc. Lo mismo pasa con

---

<sup>1</sup> Un ejemplo de negocio que necesita una concesión, es un Banco.

los **contratos y derechos personales**. Adquiero directamente los contratos y derechos personales, lo que tiene como consecuencia, que no sea necesario hacer cesión de contratos.

Entonces no es lo mismo si se compra un establecimiento de comercio mediante adquisición de acciones o si se hace mediante la compra de un establecimiento comercial propiamente tal, es decir, con la compra de sus activos y pasivos.

¿De qué otra manera puedo llegar a adquirir establecimientos de comercio, empresas? A través de las **fusiones**.

Una fusión es básicamente cuando dos empresas se unen. ¿Cómo pueden dos empresas juntarse de manera que terminemos en una empresa unida?

Una forma es que la empresa “A” compre el 100% de las acciones de “B”. Pasando esto, a nivel de accionistas, a nivel de titulares de derecho, van a ser los mismos, pero las entidades van a seguir separadas a no ser que decidan juntarse. En Chile la sociedad se constituye por dos o más socios. Sólo hay algunas entidades que permiten que haya sólo uno o dos socios (Sociedades por acciones). De hecho, aquellas sociedades que son la regla general, que exigen la existencia de uno o más socios, tienen una causal de disolución, típicamente, que se denomina la “**tenencia de todas las acciones o derechos en una sola mano**” (el sólo hecho de que exista un solo accionista constituye una causal de disolución de la sociedad, por lo que ese accionista pasa directamente a poseer el patrimonio de la sociedad anterior). En una situación como esta en que hay compraventa de acciones por un solo accionista, lo que va a pasar es que se va a disolver la sociedad comprada por el accionista “A”. El punto está en que la entidad comprada va a seguir siendo una entidad por su cuenta, no se va a fusionar con la sociedad del accionista “A”. Por lo tanto, no hay posibilidad de fusionar así las sociedades. El accionista “A”, este lo único que hizo fue adquirir los activos y pasivos de la empresa (ya disuelta), pero siguen siendo entidades distintas.

¿Quién tiene que comprar para que se junten los patrimonios en uno solo? La **SOCIEDAD** (no el accionista) tiene que comprar el 100% de las acciones de la otra subsumiendo dicha sociedad en la otra. Esta forma es conocida con el nombre de **fusión por absorción o fusión impropia**. La sociedad “B” va a pasar a estar en la sociedad “A”, que pasa a ser dueña del 100% de la sociedad; “B” se absorbe en la sociedad “A”. Por lo tanto, si la sociedad “A” compra todo el patrimonio de la ex sociedad “B”, ese patrimonio pasa a incorporarse en “A”. El que compra entonces, usa este vehículo para absorber.

¿Qué otro camino hay para llegar a esta fusión? Puede pasar que de ambas entidades se constituya una tercera con accionistas de ambos. Esto se llama **fusión por creación o fusión propia**, porque se crea una sociedad distinta de las anteriores.

Entonces los accionistas de “A” y los accionistas de “B”, constituyen la sociedad “C”, pero además de constituirla acortan la totalidad de las acciones que tienen en el patrimonio anterior. Al acortarlas, lo que está pasando es que ambos patrimonios se incorporan en el nuevo patrimonio de “C”,

porque estos accionistas pasan de ser titulares de esas sociedades, aportando lo que tienen a la sociedad “C”. Aquí tenemos una fusión de acciones propiamente tal o por creación.

Hay una tercera forma de hacer una fusión propia que es, la **fusión por incorporación**. La fusión por incorporación no crea una tercera sociedad. En ella, una de las dos sociedades incorpora a la antigua. Por ejemplo, todos los accionistas de la sociedad “A” aportan sus acciones a la sociedad “B”, por lo que la sociedad “B” incorpora todo el patrimonio de la sociedad “A”; no hay creación de una sociedad nueva.

**¿Qué es lo más relevante de la fusión para efecto de determinar que no haya transferencia injusta?** En estas fusiones (2 y 3), ¿hay algún pago de dinero? No.

Básicamente hay un título traslativo que ocurre en esta situación por incorporación o por creación, hay una cesión de acciones. Pero este accionista “A”, que entra en la sociedad “B”, ¿qué recibe a cambio? ¿Cómo se llaman los documentos que van a representar a los derechos políticos y económicos? Acciones: el accionista de la sociedad “A” recibe acciones de la sociedad “B”. Cuando alguien cambie o canjea, ¿de qué título traslativo estamos hablando? Permuta: porque se adquiere algo pero pagando con bienes. Por lo tanto no hay una operación de dinero; hay una permuta de acciones. Para determinar la participación de los accionistas de la sociedad “A”, ¿qué es lo más relevante? Hay que determinar la relación de canje:

**Hipótesis 1:** Tenemos a los accionistas de la sociedad “A”, y los vamos a incorporar a todos a la sociedad “B”, y la pregunta es, ¿cuántas acciones de la sociedad “B” recibirán, y cuántas acciones quedarán para los accionistas de la sociedad “B”? Si este patrimonio de “B” se valoriza en 500, y el patrimonio de “A” se valoriza en 250, y en total, el patrimonio de “B” está representado en 500 acciones, ¿cuántas se les entregarán? La mitad: 250. Por lo tanto, esta sociedad ya no va a tener 500 acciones sino que tendrá 750 (la nueva), porque va a incorporar todo su valor al interior de la compañía. Los ex accionistas de la sociedad “B” van a tener 500 acciones, y los ex accionistas de la sociedad “A” van a tener 250 acciones. Por lo tanto, vamos a tener que incrementar el número de acciones representativas de “B” desde 500 a 750 para darle cabida a los accionistas que llegan a esta casa.

**Hipótesis 2:** ¿Cuál es el número de acciones de los ex accionistas de “A” (si ahora tienen 500 acciones representativas) y de los ex accionistas de “B”, y cuál es el número total de acciones? Tendrán 500 acciones. Y los antiguos accionistas también tendrán 500 acciones. Y en total serían 1000 acciones.

La relación de canje en el primer ejemplo es de 1 a 1. La relación de canje en el segundo ejemplo es de 1 a 2. La relación de canje entonces, es la relación que resulta de comparar la valorización de un patrimonio respecto del otro. Y aquí da lo mismo cuál es el dinero que se intercambia; lo único que importa es el número de acciones que se entrega al accionista que se está incorporando en relación al número de acciones que se quedan los antiguos accionistas. Es en acciones de la nueva sociedad en que se interpreta esta relación de canje; el dinero con el que se juega este juego de fusión por creación o por incorporación es acciones de la sociedad fusionada. Esas acciones, en definitiva van a representar el valor de canje de uno y otro patrimonio.

Por lo tanto, en este negocio de compra del establecimiento de comercio tenemos a los negocios que ya vimos por los cuales puedo entrar directamente a las acciones o derechos, o tenemos la compra directa del establecimiento de comercio, y las fusiones son también una mecánica de compra de establecimiento de comercio cuando se producen por la vía del canje de acciones, por la vía del canje de estos valores de patrimonios distintos. Las adquisiciones son propiamente las compras.

El último elemento de incorporación de adquisición de un patrimonio es el aumento de capital.

En el aumento de capital tenemos un fenómeno que resulta en algo parecido a la fusión pero con una mecánica distinta. Lo que yo hago acá es que los accionistas de “B” vienen y votan un aumento de capital y dicen que a este capital que valía 500, le vamos a agregar un capital de 250, por lo que vamos a quedarnos en un capital de 750. En la sociedad “B” el capital antiguo está representado con 500 acciones, vamos a emitir 250 acciones representativas del nuevo capital, y esas acciones se las vamos a ofrecer al público para que las suscriban. Y viene este señor “A” y dice que quiere suscribir estas acciones del aumento de capital aportando dinero o bienes equivalentes. Es decir, entrego este patrimonio completo a un tercero, a cambio de este aumento de capital.

En este caso no hay una fusión porque estos señores no participan en una relación de canje, lo que ocurre, es que simplemente se aprueba un aumento de capital, y es la sociedad la que celebra con los accionistas de esta otra entidad para que se incorpore este patrimonio. También de esta manera se puede producir compra de establecimientos de comercio.

Volvamos a la compra clásica del establecimiento de comercio. Acá, se compra directamente todos los activos y pasivos, los que deben ser debidamente identificados.

No hay novación de las obligaciones *per sé*, porque lo que se compra es el patrimonio de la empresa comerciante y las vinculaciones con los clientes y proveedores, pero en realidad no hay una novación por cambio de deudor y acreedor. Además, la cesión del establecimiento de comercio no supone una transferencia de más de lo que se exprese. Por regla general, cuando se compra un establecimiento de comercio lo que se incorpora en la compra es todo aquello que se especifica en la compraventa. Hay, sin embargo, situaciones en que se altera esta regla particularmente con las

**obligaciones *propter rem***, que son aquellas obligaciones que persiguen una cosa. El ejemplo clásico son las cuentas de servicio domiciliario: si el propietario del inmueble cambia, no importa al prestador del servicio; ellos tienen el derecho de cobrar al propietario del inmueble, porque de otra manera tienen derecho de afectar jurídicamente esa propiedad para pagarse con los valores correspondientes de la realización de esa propiedad. Entonces todo lo que se refiere a los servicios domiciliarios básicos son denominadas obligaciones *propter rem*, porque persiguen a la cosa, independientemente de quién sea su propietario; También hay otra situación que tiene que ver con materias tributarias. Hay un tipo de impuestos que siguen la cosa también independientemente de quién sea el propietario. Es el caso del impuesto territorial; es un tipo de obligación *propter rem*, siendo el sujeto activo de esa obligación el Fisco, y el sujeto pasivo de esa obligación el propietario del inmueble. Lo mismo podemos ver en las situaciones de débito fiscal a propósito del IVA: el patrimonio de la entidad es lo que debe el crédito de débito fiscal, no los accionistas respectivos; También están las obligaciones de carácter municipal: el retiro de la basura; la Municipalidad cobra un derecho para retirar la basura (derecho de aseo), que cobra físicamente en el pago de contribuciones, y es también una obligación *propter rem*.

Ahora, todo esto es relevante porque las obligaciones *propter rem* siguen al establecimiento de comercio independientemente de quién es su propietario; si compro el establecimiento de comercio hay que notar cuáles son las obligaciones que este debe sanear si es que el ex propietario del establecimiento de comercio no lo hizo.

Y así, un sin número de situaciones que tienen que ver con materias laborales, de previsión social, cotizaciones provisionales, concepto de empresa, etc., todas las cuales nos llevan al mundo de las contingencias entre comprador y vendedor a propósito de la situación en que se encuentra el establecimiento de comercio cuando es adquirido.

Esta problemática da paso a los conceptos de **contingencia de indemnización** y de **cuentas de ajuste**. Sobre este último: yo compro un establecimiento de comercio en 1.000, asumiendo que este tiene ciertos activos, pasivos y patrimonio. Al cabo de un tiempo, me doy cuenta de que la situación es distinta, ya que el capital es menor. ¿Dónde están reflejadas aquí las obligaciones *propter rem* y las cuentas de ajuste? ¿Cuáles de estos números que aumentaron o decrecieron representan obligaciones *propter rem* que aparecieron y que no estaban declarados al momento de la compra? El aumento de pasivos, que subió de 100 a 150, porque descubrí que hay más acreedores, que hay obligaciones que el ex propietario no había extinguido. ¿Cómo juegan ahora las cuentas de ajuste por concepto de pasivos? ¿Qué hay que ajustar? El precio. La cuenta de ajuste, de esos 50, tendrá que descontarse del precio. ¿Qué otra cuenta de ajuste habría que realizar? La de los activos: tengo menos de los que pensaba (bajaron de 300 a 250, por ejemplo, por un déficit de cuentas por cobrar o de cualquier otro activo). Aquí el precio a pagar por la cuenta de ajuste sería 50, que se descuentan también del precio.

Entonces, estas **cuentas de ajuste negativas**, jurídicamente, ¿qué son? ¿A qué título se cobran? A título de **indemnización**, porque la obligación que se adquirió no está íntegramente cumplida, por lo que estoy pidiendo el cumplimiento forzado de la obligación mas la indemnización de perjuicios correspondiente a la diferencia de valor de los activos y pasivos con los que el vendedor se había comprometido. ¿Es posible una **cuenta de ajuste positiva**? Sí. Por ejemplo, por un aumento de activos, es

decir, cuando se entrega mayor inventario de lo pactado.

¿Qué pasa con la **situación contable del establecimiento**? Cuando yo compro un establecimiento de comercio compro todo lo que está incorporado en ese establecimiento de comercio. Técnicamente, compro también los libros de contabilidad que reflejan la contabilidad de ese establecimiento, pero hay una característica que notar. Los libros de comercio son propios del comerciante, no del establecimiento de comercio. Por ello, el comerciante que vende el establecimiento de comercio tiene que perpetuarse con sus libros, proseguir con sus libros de comercio, de manera que en la venta del establecimiento de comercio se entiende vendida la situación contable. Por eso, por ejemplo, las reglas de contabilidad tributaria están incorporadas en la venta del establecimiento. Pero los libros que reflejan esa situación contable, como pertenecen al comerciante, no se quedan al interior del establecimiento de comercio. Tiene que haber una apertura del libro de contabilidad para el nuevo propietario del establecimiento de comercio, por lo tanto, los antiguos libros del comerciante, que reflejaban la situación contable del establecimiento de comercio hasta esa fecha, van a dejar de representarla a partir de la misma. Y la situación contable de ese establecimiento de comercio en manos del nuevo comerciante, va aquedar ahora representada en los nuevos libros de comercio que se abrirán.

Cuando en el derecho comercial se habla de comerciantes, se alude a dos elementos que son constitutivos de estos sujetos, y esos elementos son la **habitualidad**, y el ejercicio de la actividad económica de forma **profesional**. El Código de Comercio en el artículo séptimo define lo que es el comerciante y dice que es el que teniendo la capacidad para contratar ejerce el comercio en forma habitual y profesional. Estos dos elementos son elementos propios, y elementos constitutivos del sujeto comerciante, los cuales, si no concurren, no estamos frente a una actividad mercantil, y por tanto, no se está amparado bajo las normas del derecho comercial. Sin embargo, la ley en algunos casos exige que a la concurrencia de la habitualidad y el profesionalismo se agregue una tercera característica, que es que la actividad se realice bajo una forma organizada denominada **empresa**. Por tanto, la noción de empresa dice relación con un elemento que condiciona la actividad económica para que esta sea una actividad mercantil. No siempre, esto es sólo en los casos en que el artículo tercero del CCom lo exige.

Vimos que esta concurrencia de elementos de habitualidad y de profesionalismo, tiene excepciones (no siempre es necesario que concurra un comerciante al ejercicio de una actividad económica para que sea mercantil; hay casos en que es indiferente quién es el que realiza ese acto). Este es el caso de las **operaciones con título de crédito**: en estos casos, la ley no necesita el elemento subjetivo para estar dentro de la mercantilidad. Y sin embargo, también hay otras excepciones en cuanto a que le es indiferente a la ley distinguir si el acto está o no dentro del ámbito subjetivo del acto de comercio: actos realizados por una **sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada**. En estos casos se presume también la mercantilidad de los actos o contratos que realiza el sujeto cualquiera sea la actividad que realiza.

Por lo tanto, el comerciante que es un elemento constitutivo para que concurra la mercantilidad de un acto o contrato requiere en algunos casos que el comerciante ejerza la actividad económica en la forma de empresa. Por lo tanto se dice que la empresa sería un eslabón siguiente dentro del comerciante, en el fondo hay un requisito adicional. Ahora, como lo dijimos este requisito no es un requisito para todos los actos de comercio, sino que sólo para algunos ellos.

Hay una cosa que hay que tener claro: cuando se habla de **derecho de empresa**, no es lo mismo que hablar del **derecho de comerciante**. Primero, porque no toda empresa es mercantil (por ejemplo, todo lo que es la *actividad extractiva*). Pero también ocurre que el derecho comercial no se preocupa de todos los ámbitos de una empresa; hay ámbitos de la empresa que no están regulados por el derecho comercial, por ejemplo, el derecho tributario, laboral, administrativo, etc. Por lo tanto, la equiparación entre derechos no es admisible. El derecho de empresa es mucho más amplio que el derecho comercial.

Ahora, ¿qué se entiende por empresa? Bajo una perspectiva económica siempre se ha entendido que empresa es la forma de organizar una actividad económica que supone la coordinación u organización de elementos de trabajo bajo una entidad o dirección común. Jurídicamente, se han dado varias definiciones respecto de la empresa y si revisamos las definiciones que ha dado la doctrina encontramos elementos comunes que serían constitutivos de la empresa.

Esos elementos comunes son, por ejemplo, el **capital** (recursos de la empresa para desarrollar el capital o giro de la empresa). El capital puede ser puesto por quienes constituyen o forman la empresa o por terceros

que son financistas de la empresa. Pero no es el mismo régimen al que queda sujeto aquel que ingresa a la empresa en calidad de propietario que aquel que lo hace en calidad de financista. ¿Por qué? ***El riesgo de la empresa asume el dueño.*** Los recursos que incorpora el dueño no son exigibles, en cambio, los recursos que incorpora el financista son exigibles.

El financista tiene un crédito que siempre es exigible, por lo tanto, el financista no tiene un riesgo; tiene muchas formas para garantizar el riesgo que asume. El propietario en cambio asume un riesgo, porque si a la compañía no le va bien no va a tener el retorno de los recursos incorporados por la empresa.

En la coordinación de trabajo y de capital que supone la organización empresarial existen diversas personas que concurren a prestar servicios. Hoy en día hay muchas fórmulas para poder obtener servicios de terceros para la empresa, sin que sean necesariamente empleados de la empresa (por ejemplo, contratación de servicios externos). Pero lo relevante para el concepto de empresa, es que ***los servicios los realizan terceros a favor de la empresa para poder producir bienes y servicios.***

Otro concepto es la coordinación de bienes tangibles e intangibles que forman parte de la empresa. El elemento común es la organización, con componentes múltiples que están bajo una dirección común.

Los elementos propios del comerciante son: una ***actividad continua*** (tiene que ser una empresa destinada a realizar un acto o contrato mercantil); debe ser su ***actividad principal***, y debe tener un ***fin de lucro*** para el empresario.

Esto es muy importante y se relaciona al concepto de profesionalismo: la empresa tiene que tener retribución del giro para el cual fue formada. En una empresa, por lo general, es muy fácil determinar si las utilidades vienen de su ámbito operativo o de su ámbito no operacional. La idea de notar esto, es que no todas las utilidades de la empresa dicen relación con su giro, por lo que siempre hay que fijarse de dónde provienen esas utilidades. Por lo tanto, cuando decimos que la empresa persigue un fin de lucro, ese lucro tiene que estar relacionado al giro comercial. Esto no significa que cada acto debe tener utilidades o deba ser rentable, de hecho, puede ser que una compañía tenga muchas pérdidas. Lo importante es que se haya constituido para que su giro vaya a generar utilidades. Esto distinguiría a la empresa de, por ejemplo, una corporación o fundación que no persigue lucro subjetivo (lucro de sus propietarios).

Cuando hablamos de empresa, no estamos hablando de una universalidad jurídica. No puede ser mirada como un todo distinto a los elementos que la componen, aunque suele expresarse como si lo fuera (“yo soy dueño de una empresa”) sin embargo, no existe “propiedad” sobre una empresa, no existe un patrimonio único de afectación, ya que jurídicamente no es así. Cuando alguien se compra una empresa se compra todos y cada uno de los elementos constitutivos de la misma en forma individual. Esto es, cuando se va a vender una compañía, se detallan todos los elementos que la componen, y respecto de cada uno de ellos, de acuerdo a su naturaleza, se realiza la compraventa.

La empresa tiene un patrimonio, y esto supone tener activos y pasivos. ¿***El patrimonio es separado jurídicamente?*** Depende de la constitución jurídica, porque la empresa no es sujeto de derechos y obligaciones, la empresa no realiza contratos, la empresa no es sujeto de derecho.

Detrás de la empresa está la entidad o el sujeto que formó la persona. El patrimonio constitutivo de la empresa se va a confundir con el patrimonio del sujeto que la formó, variando según la forma jurídica a través de la cual se constituyó. En la mayoría de los casos, lo que se hace es adoptar alguna de las formas que ofrece el derecho comercial para desarrollar la actividad empresarial, es decir, a través de una sociedad, o a través de una asociación, etc. (la idea es distinguir el patrimonio de la empresa de los bienes de la persona). Por lo tanto, esta separación va a estar dada dependiendo de cuál es la forma jurídica que se adopta para poder llevar a cabo esta empresa.

¿Qué importancia tiene hablar de permitir o no permitir confundir el patrimonio del empresario y el patrimonio de la empresa? Lo que se pretende es asegurar bienes respecto de quienes van a ser sus acreedores. Es decir, lo que se está diciendo al separar patrimonios, es que las personas que contraten con la sociedad, sólo van a poder seguir sus créditos en los bienes y recursos constitutivos de la empresa y, por lo tanto, nunca van a poder perseguir sus créditos en el patrimonio del empresario. Salvo, en las sociedades mercantiles, porque como el socio sí responde de los actos y contratos de la empresa, el acreedor no solamente va a poder recurrir al patrimonio de la empresa, sino que además en el patrimonio del socio.

La empresa tiene **bienes tangibles** y **bienes intangibles**. Los tangibles los conocemos a través de la cuenta de activos fijos y circulantes.

En la venta de un establecimiento de comercio, además de revisar activos fijos y circulantes, se deben revisar flujos futuros: recursos que va a aportar el ejercicio económico de la empresa. Y esto está dado por ciertos elementos, por ejemplo, por la clientela.

La clientela no es objeto de tráfico jurídico. Pero sí es importante resguardar en un contrato de compraventa del establecimiento jurídico cómo sacar al vendedor de la competencia por un determinado tiempo, para que no logre poder captar a estos clientes que se consideran parte de la compraventa del establecimiento. Otra forma es estableciendo requisitos adicionales (por ejemplo, mandar carta a los clientes).

No siempre se venden las empresas, muchas veces lo que se vende (es más fácil) es la sociedad (las acciones o los derechos sociales dependiendo del tipo).

Otro componente que es bastante importante, es la protección que da la legislación a la creación. Las creaciones pueden ser resguardadas bajo la ley de **propiedad industrial** o de **propiedad intelectual**, dependiendo de cuál sea el tipo de creación. Las creaciones intelectuales son protegidas por la ley desde el momento en que se crean, resguardando los derechos del autor. En la propiedad industrial no pasa lo mismo, porque se exige la inscripción en un registro. Ahora, lo que se valora es proteger la individualidad de una empresa, sea de la empresa en sí o de sus productos.

La individualidad de la empresa tiene que ver con el nombre, pero además, muchas veces se permite que la empresa sea identificada con un nombre de fantasía. Los resguardos que da la ley para proteger estos elementos dicen relación con una inscripción en el Registro de Comercio. Es más, la ley de sociedades anónimas establece que si una sociedad ha puesto nombre idéntico al de otra sociedad, el primero que lo tenía tiene derecho a pedir que el de la nueva se cambie.

Cuando hablamos de la individualidad de un producto o servicio, en relación a una marca o un logo, lo que se registra en las empresas, puede ser un registro de tipo **denominativo** (se registra un nombre), de tipo **figurativo** (logo), o puede ser **mixto**. Y se registra clasificando al producto en clases que están determinadas a través de un convenio (Convenio de Niza). Lo que no se puede hacer, es registrar generalidades, porque obviamente tiene que tener una especialidad que identifique a un bien respecto de otro.

Hay propiedades intelectuales que no suponen la creación de un derecho de propiedad sobre ellas, sino que son sólo un elemento constitutivo de la empresa y que son igualmente importantes (por ejemplo, el *know-how*).

Las empresas, típicamente, suelen tener una **clasificación de riesgos** (los países también suelen tenerlo, de hecho). Esta clasificación arroja luces sobre cuál es la capacidad de cumplimiento en tiempo y forma (el mejor estándar es el *triple A+*), para lo cual se consideran una serie de elementos. Por lo tanto, una persona con el mejor estándar quiere decir que es una persona que paga en tiempo y forma aún en el escenario más adverso. Esta capacidad de pago es también un elemento de la empresa intangible. También existen otros elementos similares, como por ejemplo, los resultados de las encuestas sobre las empresas (p. ej.Cuál es el mejor lugar para trabajar).

El establecimiento de comercio no es sinónimo de empresa, sólo es un elemento de la empresa. Esto es importante notar, porque el CCom prevé en su artículo tercero la compraventa del establecimiento de comercio como si fuera un todo, pero recordar que no es un todo es algo importante. Es el objeto de la empresa el establecimiento de comercio.

¿Dónde podemos reconocer la noción de empresa en nuestro derecho? En muy pocas partes. En el CCom lo podemos encontrar en el **artículo 176**, a propósito de contrato de transporte. Pero es la única noción que encontramos en el CCom. Hay otras leyes especiales que se refieren al concepto de empresa

como la Ley N° 20.416 que fijó normas específicas para empresas, y pymes (pero las distinguió en base a un criterio cuantitativo, no cualitativo, por lo que no se hizo cargo del concepto faltante). Adicionalmente, está la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero esta, en realidad, no se refiere a las empresas, sino que a las personas jurídicas.

¿Qué actos de comercio deben ser desarrollados bajo una organización de empresa para ser actos mercantiles?

1. Las empresas de fábrica y manufactura.
2. Empresas de transporte.
3. Empresas de depósito de mercadería.
4. Agencias de negocio o martillo.
5. Empresas de espectáculos públicos.
6. Empresas de seguros terrestres.
7. Operaciones de Banco.
8. Empresa de construcción de bienes inmuebles.

Seguimos en la temática de la compraventa de un establecimiento mercantil.

GOODWILL. Es un valor extra que se paga en la compraventa de un negocio. El comprador paga un precio superior al que teóricamente vale el establecimiento mercantil (el valor teórico es el valor de libros, vale decir, el valor contable del patrimonio de una empresa). Se opone al concepto de *badwill*.

Cuando una acción se transa en una bolsa de comercio, su precio puede mirarse de distintas formas: el precio o *valor bursátil* es el precio promedio al que se transa esa acción en la bolsa en un período determinado; el precio o *valor de libros* es el estado financiero de la empresa que muestra un patrimonio X que, al dividirse por el número de acciones que tiene la empresa, determina el valor del libro por acción. El valor bursátil suele ser distinto al valor de libros, ya que mientras que el valor bursátil típicamente es el precio que representa la expectativa de generación de flujos de cierta compañía para el que compra sus acciones, el valor de libros —en cambio—, es mucho más rígido y se determina por reglas contables. El *goodwill* es, pues, el *gap* o delta positivo que hay entre el valor bursátil y el valor de libro (y si el *gap* o delta es negativo, estamos ante un *badwill*) de una acción.

Este mismo concepto es aplicable a la compraventa de un establecimiento de comercio, pues aquí también es posible determinar el valor patrimonial del establecimiento y pagar un valor superior a él. Y nos hemos detenido en este punto para destacar que desde el punto de vista financiero y tributario, hay distintas reglas para tratar este mayor valor que se paga por el establecimiento. La regla tributaria dice que el *goodwill* no se puede considerar como gasto para la compañía, lo que significa que el comprador de este establecimiento tiene que tributar sobre él.

VICIOS REDHIBITORIOS EN MATERIA MERCANTIL. En materia de compraventa de establecimientos de comercio, los comerciantes se dan reglas que son distintas de las reglas supletorias

aplicables del derecho privado. En derecho civil, cuando se compra una cosa, el vendedor tiene ciertas responsabilidades respecto del comprador, responsabilidad que lleva por nombre *saneamiento*, que puede ser saneamiento de la evicción (defensa que el vendedor debe al comprador cuando terceros pretenden derechos sobre la cosa, e indemnización en caso de determinarse que la cosa es evicta) o saneamiento por vicios redhibitorios de la cosa (aquellos que el vendedor ocultó en el momento de la compraventa). Como se ve, el saneamiento tiene una corriente jurídica que tiene que ver con el vínculo posesorio de la cosa, y una corriente material que tiene que ver con la materialidad de la cosa.

En materia de derecho comercial, los vicios redhibitorios no sólo tienen que ver con la materialidad o situación física de la universalidad de hecho que constituye el establecimiento de comercio, también tienen que ver con el hecho de que la situación financiera en la que se entrega la cosa sea exactamente aquella que ha sido prevista en el contrato. En el contraste entre lo real versus lo teórico de la situación financiera de un establecimiento de comercio, nos podemos encontrar con una diferencia. Ahora bien, los contratos de compraventa de establecimientos de comercio no son capaces de prever todos los detalles de los activos y pasivos que se van a incorporar (*vgr.* puede pactarse, por ejemplo, que ningún elemento del inventario esté vencido). Entonces la regla supletoria que se aplica para estos efectos es la regla de carácter contable-financiera, que determina si el inventario será aceptado o rechazado en función de su aplicación.

La mecánica de los vicios redhibitorios en materia mercantil viene de la costumbre que viene dada por los países sajones, y tiene que ver con los conceptos de *aseveraciones*, *declaraciones*, *representaciones* y *garantías*. Es típico de la compraventa de empresas en tales países que el vendedor, al momento de la compraventa, realiza declaraciones acerca de la calidad de la cosa. En función de ese estándar se determina la responsabilidad del vendedor (si resultó que la cosa no se encontraba en el estándar declarado por el vendedor, éste será responsable).

En la compraventa del derecho civil, lo usual es que las reglas del vicio redhibitorio no se incorporen expresamente al contrato, sino que se hacen aplicables las reglas supletorias legales. En materia mercantil, en cambio, el vicio redhibitorio tiene mucha importancia en el precio de la cosa por los valores financieros que están ahí, porque hay reglas contables que determinan cuánto vale la cosa. La mayor parte de la extensión de los contratos de compraventa de un establecimiento mercantil es ocupada por las declaraciones del vendedor en torno a la calidad de la cosa.

## EL FINANCIAMIENTO DEL COMERCIO

Antes de entrar en esta materia es necesario hacer precisiones previas. No toda la situación del financiamiento de las empresas es necesariamente un acto de comercio. Nosotros revisaremos los actos de comercio formales que constituyen las letras de cambio y pagarés (que constituyen una mecánica de financiamiento), junto con las operaciones bancarias. Pero nuestro estudio excederá tales operaciones, y abarcará entonces:

- OPERACIONES SOBRE TÍTULOS DE CRÉDITO, donde típicamente se ve el caso de letras de cambio y pagarés (actos de comercio formales).

- MUTUO DE DINERO, que tiene su sustrato de regulación en el código civil bajo el género *mutuo* (*i.e.* contrato real mediante el cual una persona presta a otra una cosa para que en el futuro restituya esa cosa o una cantidad equivalente de la misma, más una remuneración determinada). En el comodato, el comodatario tiene la obligación de restituir la cosa al comodante. En el mutuo, el mutuuario tiene la obligación (además de restituir la cosa) de otorgar cierta remuneración al mutuante.

El mutuo de dinero es una mecánica de financiamiento que el Código de Comercio no reconoce como acto de comercio.

- OPERACIONES BANCARIAS. Son un mecanismo de financiamiento profesional, pues vienen dadas por una entidad profesional llamada banco (que, para ser tal, tiene que ser reconocido por una licencia). No todas las operaciones bancarias son de financiamiento, pues los bancos también prestan servicios. Además, ellos mismos reciben financiamiento.

- LA EMISIÓN Y OFERTA PÚBLICA DE TÍTULOS DE DEUDA. Dice relación con ciertos mecanismos de financiamiento que se dan en un espacio regulado determinado: el mercado de valores y el mercado de capitales. Bajo ellos se produce el nacimiento, la vigencia y la extinción de este mecanismo de financiamiento.

- OPERACIONES DE FINANCIAMIENTO ESTRUCTURADO.

- OPERACIONES DE CRÉDITO DE DINERO, reguladas en Chile a principios de los '80, en primer lugar por el DL 455 y posteriormente por la Ley n° 18010 (varias veces modificada). Esta ley regula la situación del crédito en la relación del financista con el financiado. Esta ley es la primera regulación moderna de las mecánicas de cobranza, las tasas de interés, y contiene las normas típicas en materia relativa a la protección al consumidor.

Esta forma de financiamiento no está reconocida en el Código de Comercio como un acto de comercio propiamente tal.

Las operaciones de crédito de dinero constituyen contratos reales, pues se perfeccionan con la mera entrega del dinero. Una compraventa de pago diferido no constituye operación de crédito de dinero, pues sólo en esta última las contraprestaciones recíprocas constituyen dinero. La restitución del dinero tiene que ser diferida, pues si se hace en el mismo momento no hay vigencia de un derecho personal de cobro durante “al menos un segundo”, cuestión esencial del crédito.

En lo que sigue veremos a las instituciones que integran a las operaciones de crédito de dinero.

REAJUSTABILIDAD y sus unidades. Dice la ley de operaciones de crédito de dinero que las operaciones pueden ser reajustables o no, y en seguida dice que en las operaciones de crédito de dinero devengan una tasa de interés corriente si las partes no pactan otro interés, y a propósito del interés que les es posible pactar se agrega más tarde una regla relativa al interés máximo convencional.

Una de las diferencias entre la reajustabilidad del dinero y los intereses del dinero es que a lo primero subyace el concepto de inflación o devaluación de la moneda. El valor monetario se mantiene a través de una unidad de reajustabilidad, unidad que es arbitraria y que en Chile es la Unidad de Fomento, determinada en función del IPC. La Unidad de Fomento básicamente genera una moneda paralela al peso, y su pretensión es conservar el valor adquisitivo de éste. Esto tiene que ver con dos principios de alta relevancia monetaria: el *realismo* monetario (que supone monedas que se reajustan) y el *nominalismo* monetario (que supone monedas que no se reajustan). Una economía desarrollada puede llegar a tener una economía nominal que transa en pesos no reajustados; una economía en vías de desarrollo es una economía típicamente real, en el sentido de que la moneda tiene que ampararse en monedas de reajuste para así mantener su valor adquisitivo.

### REAJUSTABILIDAD.

El reajuste es el intento de ajustar el valor de una moneda a un valor adquisitivo determinado, intento que normalmente dice relación con los fenómenos de inflación interna. De lo que se trata es de tener una moneda comparativa. Chile se indexó a una moneda comparativa en la década de los 80, la Unidad de Fomento, que fue básicamente un invento arbitrario dado por el gobierno de turno que tenía como objetivo tratar de determinar el valor adquisitivo de una misma moneda en distintos tiempos. Para ese entonces nuestra economía no estaba dolarizada formalmente, pero sí lo estaba en la práctica. El régimen militar sostuvo la paridad cambiaria fija en un valor de 39 pesos (por lo tanto, el dólar en Chile costaba 39 pesos y así nuestra economía se indexó al dólar). Esta situación se reveló como insostenible al poco andar, por lo que un día el dólar se libera y su precio se deja a la determinación del mercado, de modo que a los pocos meses el precio del dólar estaba cerca de los 150 pesos.

Muchos exportadores, que en un comienzo operaban con un precio bajo (y ficticio) del dólar, de pronto ven que sus activos resultan devaluados por la liberalización del dólar, mientras sus pasivos se mantienen iguales (pues la moneda de los pasivos se mantiene según la moneda en que haya sido contratado el crédito original). En materia financiera la técnica del *calve* busca expresar activos y pasivos (así como ingresos y gastos) bajo la misma moneda, para así evitar estos fenómenos provocados por la volatilidad del tipo de cambio. Cuando se expresan activos y pasivos bajo una misma moneda, lo que se hace es asumir el *riesgo del tipo de cambio*, esto es: la volatilidad de la moneda utilizada.

La *reajustabilidad* tiene que ver: i) con la indexación a un índice como mecanismo de revalorización en función de las variaciones de la inflación; ii) con la corrección monetaria; y iii) con la indexación de los créditos a unidades de reajuste distintos del peso. Por eso es que tenemos, por ejemplo, créditos que se contratan con reajustabilidad dólar o reajustabilidad euro, vale decir: la unidad de reajuste de esos pasivos es en función de un índice dólar o índice euro. Por lo tanto, el tamaño de la deuda está asociado a este índice contractualmente pactado.

La reajustabilidad tiene que ver, básicamente, con el capital desembolsado que va manteniendo su valor en función del índice de reajuste (UF, dólar, euro, etc.) que se emita en el contrato respectivo. Legalmente –y esto es importante– ninguna de las variaciones que sufre el monto prestado (y su

---

<sup>1</sup> Por las mismas razones que explican el corralito argentino. Los fenómenos de la dolarización ecuatoriana y argentina fueron brevemente comentados en esta clase, pero también fue dicho que constituían temáticas que excedían al curso.

correlativa obligación de pago) constituyen intereses, sino que constituyen el capital del préstamo. Ello tiene una serie de efectos desde el punto de vista jurídico, y estos –entre otros– son:

- i) Las variaciones del índice de reajustabilidad, al no considerarse intereses, no entran en el juego del interés máximo convencional (*v. infra*);
- ii) Tales variaciones se consideran reajustabilidad del capital y, de acuerdo a las reglas de la imputación del pago (siempre que el deudor paga, lo primero que paga se imputa a intereses, y sólo en lo que sobre se imputa a rebajas del capital), se pagan después de pagarse los intereses.

Los INTERESES corresponden a la remuneración que se le paga al mutuante o al financista bajo la operación de crédito de dinero. El préstamo de dinero es un contrato oneroso que genera una ganancia recíproca para ambas partes, y para la parte del prestamista esa onerosidad se representa por un precio que se calcula con una tasa de interés o un porcentaje determinado. En contratos en los que una de las prestaciones *no* constituye dinero (*vgr.* arrendamiento) la contraprestación puede expresarse ya no por un porcentaje, sino por cierta cantidad de dinero. Por ello es preciso decir que el interés *es* el precio del dinero, es lo que vale el préstamo de dinero con la única diferencia de que no se representa en un número sino en un porcentaje determinado.

Los intereses están regulados en la ley. Esto constituye una excepción a la regla general de desregulación respecto del precio de los contratos, siendo un caso de contrato forzoso. En efecto, el interés pactado en la operación de crédito de dinero no puede superar un máximo convencional que el regulador determina en función de una TASA DE INTERÉS CORRIENTE, que expresa el promedio del precio de mercado de los préstamos de dinero de cierta categoría (*vgr.* de largo plazo, de corto plazo, con índice de reajustabilidad, sin índice de reajustabilidad...), cada una de ellas con distintos precios o intereses. Las tasas de interés corriente se presumen incorporadas a cada operación de crédito de dinero, a menos que las partes pacten otra cosa. Desde el precio de mercado hasta un interés cero, la ley no interviene. Desde el precio de mercado hasta un interés superior, la ley establece un máximo que es el INTERÉS MÁXIMO CONVENCIONAL, correspondiente al 150% del interés corriente.

La imposición de límites al interés que puede ser pactado se explica pues, al regular el precio del dinero, lo que se pretende es fomentar actividades lícitas. Se entiende que una economía no tolera, en el largo plazo, intereses que superen el máximo convencional, pues las únicas empresas dispuestas a pagar tales intereses son empresas que en definitiva se constituyen en torno a objetos ilícitos.

AMORTIZACIONES y PAGO DE INTERESES. Financieramente, siempre que se habla de pagar capital, hablamos de amortizar, y siempre que se habla de pagar intereses, hablamos del pago propiamente tal. El concepto de amortización es básicamente la devolución de lo prestado (es un concepto que puede emularse en cualquier contrato que entregue la mera tenencia al receptor del bien).

ANATOCISMO. Es la forma financiera de describir el fenómeno de la capitalización de los intereses, o dicho de otra forma, la forma en que los intereses se devengan sobre los intereses. La forma de pagar los intereses del préstamo puede pactarse de distintas formas<sup>2</sup>, cada una de las cuales tendrá distintos efectos en torno al desarrollo del crédito en función de la aplicación de cláusulas de pago (desarrollo que es expresado por un documento financiero que se incorpora a los contratos de financiamiento: la *tabla de desarrollo*).

El fenómeno de la capitalización de los intereses, matemáticamente conocido como *interés compuesto*, es conocido financieramente como *anatocismo*: la forma en que intereses se devengan sobre intereses, al ser el interés capitalizado ahora parte del monto sobre el cual se calcularán los nuevos intereses. En Chile esto está permitido. Los préstamos que hacen la banca y las instituciones financieras son préstamos de interés compuesto, no de interés nominal o lineal.

IMPUESTO DE TIMBRES Y ESTAMPILLAS. Es un impuesto que grava a las operaciones de crédito de dinero. El Estado le cobra a los acreedores (que, obviamente, traspasan el cobro a los deudores) por el endeudamiento. Este impuesto hoy ha sido objeto de una importante rebaja de tasas (de 1,2% a 0,25%).

Otra cuestión que interesa notar es que las operaciones de crédito de dinero están desvinculadas de los saldos de precios de compraventas. No se entiende estar celebrando una operación de crédito de dinero el quedar debiendo en parte el precio de una compraventa, pues las operaciones de crédito de dinero suponen la entrega de dinero en cada una de las prestaciones de cada una de las partes. Sin embargo, la ley de operaciones de crédito de dinero se encarga de hacer aplicable algunas de las instituciones previamente vistas a los saldos de precios de compraventas. Se trata de un caso de incorporación de normativa de carácter financiera a contratos del derecho común.

### **OPERACIONES SOBRE TÍTULOS DE CRÉDITO: LETRAS DE CAMBIO Y PAGARÉS**

Estas operaciones sí son actos de comercio, a diferencia de las operaciones de crédito de dinero. Lo revisamos en este punto porque históricamente estos actos de comercio formales (*i.e.* que no admiten la calificación de la teoría de lo accesorio, siendo aplicables a todas las partes que las ejecutan independientemente de su giro principal) son operaciones que representan un método de financiamiento de empresas.

---

<sup>2</sup> - Según crédito *bullet*: se va pagando en cuotas los intereses que genere el préstamo, y el capital es amortizado al final.

- Según crédito en cuotas: tanto los intereses como cierto porcentaje del capital son pagados en cuotas.

- Según crédito *balloon*: el pago de los intereses se presenta en el momento de la amortización.

Los títulos de crédito son una especie del género TÍTULOS VALOR. Estos últimos son todos aquellos documentos que representan o simbolizan una circunstancia determinada que es parte del íter contractual. Los títulos de valor se especifican en función del punto de vista obligacional. Así, las órdenes de pago (*vgr.* cheques) son mandatos que buscan *extinguir* obligaciones, mientras que los títulos de crédito son documentos bajo los cuales se *contraen* obligaciones cuya contraprestación es una obligación de ejecución diferida. Entre los títulos valor también encontramos los títulos en garantía, que son documentos que representan cauciones personales que aseguran a sus beneficiarios el pago de una cantidad de dinero en ellos expresados. Estas cauciones pueden ser limitadas, como en el caso de la boleta bancaria de garantía (que es una garantía que el banco entrega al beneficiario de esta boleta bajo la cual se compromete al pago de una determinada suma de dinero bajo ciertas circunstancias) y del *stand-by letter of credit* (que es muy similar a la boleta bancaria de garantía, pero de aplicación internacional, y tiene que ver con la compraventa internacional de mercadería, llamada *acreditivo*).

Lo que interesa es notar que tenemos operaciones sobre títulos de crédito, que se amparan en letras y pagarés, básicamente cuando hay deuda de dinero que se representa formalmente en un papel que constituye acto de comercio. Y que hablar de título de crédito es hablar de una especie del género títulos valor.

---

<sup>3</sup> Se avisa que la normativa sobre libre competencia y propiedad industrial no será revisada en clases, sino que se asignará como lectura obligatoria.

## El financiamiento del comercio.

Hoy veremos las temáticas de emisión y oferta pública de valores o títulos de deuda. Para esto, uno podría analizar la noción palabra por palabra.

Partiremos con la noción de “título de deuda”. La deuda es un mecanismo de financiamiento de las empresas, pero no es la única, también se financian mediante contribuciones de capital de su dueño. Las empresas, son capital y trabajo, la cuestión del capital que se puede hacer a dos títulos, a título de socio o capitalista o a título de financista o acreedor. Confluyen en el sentido que entregan dinero a un patrimonio determinado que va a financiar un trabajo para que sea rentable, pero el mundo de los financistas es tremendamente distinto al de los capitalistas.

Partamos por consideraciones legales. El tema del préstamo, desde un punto de vista obligacional es el mismo del derecho civil, surge una situación de crédito que permite exigir una contraprestación determinada (la de dar) una suma de dinero. Un financista, genera respecto de su deudor una operación de crédito de dinero donde se pone en la posición de cobrar una suma de dinero. Este financista no está interesado en los vaivenes del negocio, él sólo espera que se le pague de todas maneras, independientemente del resultado del negocio del deudor. Él aspira que esa contribución de financiamiento le entregue un puro beneficio, esto es, que le paguen el interés (precio del dinero; tasa porcentual que se cobra respecto del mismo dinero). Y esa situación de crédito de dinero, como es un negocio de ejecución diferida supondrá que a este acreedor se le pagará en un plazo determinado.

¿Qué diferencia hay acá respecto del capitalista de la empresa? Al capitalista si le preocupan los vaivenes de la empresa; así como el financista espera el cobro de la rentabilidad que generan los intereses, al capitalista le interesan las utilidades.

“Esa cuestión” que se incorpora en los contratos que hace que las cosas ocurran siempre, y no a veces, se llama *plazo*. Del minuto en que la obligación sea a plazo, el interés siempre será exigible. Ahora, con las utilidades es distinto. ¿Las utilidades se pagan siempre? Es una obligación diferida, y se pagará si es que existen, por lo tanto, no estamos frente a un plazo sino que frente a una *condición*. El pago al capitalista es dependiente de las utilidades, de las ganancias, por lo que le tiene que importar el desempeño de la empresa.

Una empresa entonces, cuando necesita capital, para iniciar o agregar o agrandar su negocio, ¿Qué grandes mundos tiene para los efectos de tratar de conseguir ese financiamiento? ¿A quiénes puede pedir dinero? A cualquier de los dos (capitalista y financista<sup>1</sup>). Si va al financistas, generará una relación de acreedor/deudor. Por lo tanto, él emite títulos de deuda. Si va al capitalista, emitirá títulos de capital. Una empresa se financia con títulos de deuda cuando va a pedir préstamos a acreedores, no cuando va a buscar dinero que le llegue de sus capitalistas. Entonces cuando emito o quiero emitir títulos de deuda básicamente lo que hace es buscar muchas relaciones con acreedores. Ahora, en el mundo de los acreedores hay acreedores que tienen una oficina, son acreedores que son institucionales y que tienen una ventanilla al público, generalmente son los Bancos. Lo que hacen es intermediar entre aquel que tiene dinero y aquel que

lo necesita, pero hay también un mundo en que puedo ir a los ahorrantes o a los inversionistas a buscar dinero: **mercado de valores**. Para ir al mercado de valores, hay que ir con papeles que llevo preparados: notas; vales de librería que representan la relación de crédito que existe entre este deudor y sus acreedores; son títulos de valores. Y en estos valores, lo que he hecho es especificar *ex ante* cuáles son las condiciones bajo las cuales estoy dispuesto a endeudarme (están escritas en un título de deuda pre escrito por el deudor). Los acreedores van a estar interesados en prestarme dinero en la medida en que le crean a mi capacidad de pago.

¿Qué sucede cuando llego al mercado de valores y hay un grupo importante de acreedores dispuestos a prestarme dinero, y otro no dispuesto a hacerlo? ¿Cómo se resuelve esta situación? ¿Cómo se distingue el interés de los mejores acreedores? Con una oferta de una menor tasa de interés. La gente que está menos interesada en prestarme probablemente va a estar disponible a prestarme bajo una gran tasa de interés, en cambio, si son muchos, podré negociar para pagar la menor tasa posible (es otra aplicación de la oferta y la demanda donde el bien demandado es el dinero, que se expresa en tasas porcentuales porque corresponden a un porcentaje de lo mismo que se paga).

Ejemplo: Tengo un papel que dice que voy a pagar 100 en un año a una tasa del 10%, si alguien me ofrece a mí (a) prestarme al 10%, ese señor me va a entregar 100 pesos, lo mismo que yo le estoy pidiendo y que representa ese título, porque él está ofreciendo cobrarme lo mismo que yo ofrecí pagar; (b) prestarme al 20%, este señor hace el siguiente cálculo: si me hubiese prestado al 10%, tendría que haberme pasado 100. En cambio si presta al 20%, tendría que prestarme menos; (c) prestarme al 5%, y ahí tendría que prestarme más dinero para que pague el interés superior respecto del que estoy negociando. Esto es un negocio puramente financiero. ***Lo importante es que la relación jurídica viene dada por el título de valor que viene prescrito, y que define las obligaciones de pago.*** El financiero siempre dice que compra sobre la par o compra bajo la par, cuando en realidad lo que hace es prestar a cierto porcentaje (sobre (20) bajo (5)).

El mercado de valores es un mercado transparente, donde en principio cualquiera que cumpla los requisitos puede entrar, tanto como deudor, tanto como acreedor. Obviamente exige cierta etiqueta. Pero a partir de esto un deudor va a buscar directamente financiamiento a personas que tienen ciertos ahorros, y se evita la intermediación del Banco (se evita tener que pagarle por esa intermediación).

Para poder llegar al mercado de valores tengo que estar frente a una oferta pública. Yo no puedo llegar con un papel respecto del cual no se va a hacer oferta pública. Cuando entro al Mercado de valores entro en la perspectiva de que cualquiera pueda comprar o adquirir ese valor. Hay alguien que lo va a adquirir primeramente, y con ese se entra en una relación de mercado primario. Él puede hacer cuantas transacciones estime en el mercado de valores secundario, donde la única diferencia que hay es que la transacción se produce entre acreedores ajenos a la deuda, que se disputan este título para convertirse en acreedores de este primer deudor. Por eso es que hay que distinguir entre mercados primarios y secundarios. Además, porque todos estos títulos de deuda más tarde se pueden transar en el mercado. Y de hecho, se venden todos los días en una emisión de bonos cualquier lo normal es que haya un porcentaje importante de gente que ya no van a ser acreedores de ese bono; ellos entran en el mercado secundario, y su utilidad de

ganancia viene dada por el diferencial de precio entre la compra y venta del papel que representa un título de deuda (así como las acciones se transan, los bonos también se transan).

El que emite un título de valor es una persona que cree que representa algo y va a confrontarse con el mercado a para ver si están dispuesto a pagar lo que él dice (van a medirse en contra del mercado). Ahora, este es un problema de apreciaciones, por ende, es un problema de la economía. Es la economía la encargada de explicar este fenómeno. Nosotros estamos encargados de explicar el título de valor, ahora, como estamos frente a los vaivenes de las apreciaciones estamos en una situación muy compleja. Estos vaivenes se van midiendo cada día, y el mercado va a estar evaluando el título valor<sup>2</sup>. El título de deudas tiene dos valores: el valor intrínseco que le está dando el mercado, y el valor original que está en el título. Ahora, ¿cómo varía el precio del papel? En función de cuánto se crea en la capacidad de pago. Para estos efectos existen agentes llamados *clasificadores de riesgo*, que monitorean durante todo este tiempo este papel, y van asignando un precio de pago.

**¿Cuáles son los títulos valor que típicamente se emiten en este mundo de la oferta pública de deuda?** El tradicional son los bonos. Antiguamente, se hacía una diferencia entre los bonos y los bonos de corto plazo que se llamaban “*debengres*” (“devengadores”). Este es un concepto que ya ha desaparecido del negocio financiero.

Al lado de los bonos tenemos una cosa parecida que son los efectos del comercio. Estos se refieren a créditos de corto plazo, a diferencia de los bonos que se refieren a créditos de largo plazo. Los efectos de comercio, en general, son hasta un plazo máximo de tres años. Entonces, cuando uno

---

<sup>2</sup> Ojo: acá lo relevante no es cómo se transa, económicamente, el título de valor. Lo importante para efectos del curso, está en entender la relevancia del título de valor.

entra al mundo del mercado de los acreedores, hay que ir al salón de los acreedores que están dispuestos a invertir a corto plazo, o al salón de los acreedores que están dispuestos a invertir a largo plazo. Por ejemplo, un crédito de mutuo hipotecario es un crédito de largo plazo. El crédito de consumo es un crédito de corto plazo. El crédito hipotecario es de largo plazo porque está pensando en el desgaste del activo; el inmueble se desgasta en el largo plazo, y por lo tanto mantiene su capacidad a largo plazo, a diferencia del crédito de consumo, que tiene un activo correlativo que es un destino para adquirir un bien que se consume de manera instantánea.

¿Por qué puedo encontrar a gente que está dispuesta a invertir en bonos, y gente que está dispuesta a invertir en efectos de comercio? ¿**Quiénes están dispuestos a prestar a largo plazo**? Las compañías de seguro de vida, las AFP, etc. ¿A quién le debe plata el asegurador? Al beneficiario, una vez que se lleve a cabo el riesgo. ¿Es esa una obligación de corto o de largo plazo? A largo plazo. Las compañías de seguro de vida tienen un juego similar al del Banco pero a más largo plazo (los Bancos captan dinero para luego colocarlo; el negocio del seguro de vida es lo mismo pero mucho más lento – capturan al cliente en la juventud para captar sus excedentes de ahorro, que promete devolver el capital mas una rentabilidad determinada que debe ser superior al que habría ahorrado por sí sólo; entonces capta el dinero del público para colocarla rápidamente y ganar un diferencial.-). Así, la compañía de seguros de vida utilizará bonos. La AFP funciona más o menos igual, aunque la longevidad de la obligación es un poco menor (generalmente compran papeles entre 6 y 10 años, versus entre 12 y 30 de los seguros de vida).

¿**Quién presta a corto plazo**? Un banco: recibe el dinero de la captación, y lo entrega con un crédito de consumo que entrega una cantidad de intereses, o con un bono que entregará también cierta cantidad de intereses. El banco es el típico comprador de efectos de comercio.

Por lo tanto, estamos hablando de distintos títulos de valor que están pre dibujados para ciertos nichos de los mundos de los financistas. Así, yo preparo mi título de valor en relación a la manera en que está funcionando el mercado de valores.

### **El financiamiento estructurado:**

El financiamiento estructurado uno lo encuentra en distintas aristas del mundo del financiamiento. La forma más fácil de explicarlo es en el mundo de financiamientos de proyectos (Project finance). Este es distinto a los anteriores por razones de riesgo de créditos. Este concepto se opone al concepto de financiamiento de empresas en marcha, aquí hay un mayor capital de riesgo. El financiamiento de empresas en marcha se da con empresas que uno ya conoce, que tienen cierto recorrido, en fin, uno puede prever cómo irán funcionando más adelante. Así, por ejemplo, cuando CODELCO emite bonos, va al mundo de las empresas en marcha, porque son empresas con flujos y pronósticos conocidos, y uno puede anticipar cómo andará el comportamiento de su negocio.

Si yo quiero levantar financiamiento para un proyecto cualquiera, típicamente voy a financiamiento de proyectos, porque más de tener una empresa en marcha, tengo un proyecto que todavía no se ha ejecutado.

¿Por qué es este un financiamiento estructurado? Porque, básicamente, el acreedor tiene una línea directa sobre la empresa en el sentido de que el acreedor se prepara para el peor evento (te presto el dinero para realizar tu proyecto, pero yo quiero que el dinero sea garantizado por la empresa, si no eres capaz de pagarme el primer vencimiento, yo que me quedo con tu empresa. Además, dame ciertos derechos del control de tu compañía como acciones para ejercer derechos políticos sobre la empresa). En el fondo, se le da una estructura jurídica que permite el cumplimiento sobre la empresa (porque esta no puede demostrar que será capaz de pagar).

### **Operaciones bancarias:**

Están reguladas por la Ley General de Bancos, y básicamente le permiten al banco entrar en diversas mecánicas de financiamiento a partir de lo que la ley autoriza.

[Operación de crédito de dinero es el género de la especie de mutuo de dinero. Además, hay que tener en cuenta la perspectiva histórica. El mutuo es un contrato típico regulado en el CC, las operaciones de dinero son operaciones financieras reguladas hace unos 5 años, y que comprenden a todo el cúmulo de operaciones a partir del cual entrego una cantidad de dinero para restituir el monto en el futuro (por ejemplo, mutuo). La ley de operaciones de dinero lo que hace es regular un tipo nuevo de operaciones de dinero más amplio que el mutuo del CC, y que no siempre aplica en el mutuo del CC (por ejemplo, la cuestión de la reajustabilidad de dinero, y la conversión a monedas extranjeras). Si tú celebras mutuo te riges por la normativa del CC puro y simple; si te riges por una norma propiamente tal de la operación de crédito de dinero te vas a regir por la ley propiamente tal. Desde el punto de vista de la operación en sí misma, no hay mucha diferencia (lo relevante viene siendo la perspectiva histórica).]

## **SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL**

### **Los comerciantes:**

La contabilidad es una creación del derecho mercantil (al igual que las facturas). La contabilidad tiene que ver con el concepto histórico del comerciante que anda con su negocio a cuentas y que necesita registrar las operaciones que está celebrando. Esta necesidad de registro no se había dado metodológicamente antes. Y ella surge relacionada con la costumbre; con la forma en que se desarrolla el comercio en la época (no con regulación central). Y así, hay distintos tipos de contabilidad en un ámbito internacional. Es este un mecanismo evolutivo, y es evolutivo desde la perspectiva del negocio: no es un registro duro que sólo ve la operación en sí, sino que también intenta generar una representación dinámica del negocio. Un ejemplo es que en la contabilidad hay un registro de los activos y pasivos del negocio, que va más allá del dinero que se tiene guardado (más allá de las utilidades). Estos registros se van dando principalmente entre comerciantes; cada uno de ellos tiene su libreta donde van anotando estos fenómenos. Y estos libros se llevaban para efectos de probar las interacciones mercantiles (surge, por lo tanto, como mecanismo probatorio).

Luego, el estado se aprovecha de que los comerciantes tengan su libro de contabilidad, y establecen la obligación de llevar otro tipo de libreta de contabilidad tributaria, que sólo tiene que ver con el pago del impuesto (a diferencia del libro de contabilidad que intenta reflejar la realidad del negocio del comerciante).

El libro de contabilidad permite determinar resultados periódicos, la situación patrimonial a un momento dado, y la situación de caja (estado de flujo de caja efectivo).

Es relevante diferenciar la **auditoría**, la **contraloría**, y la **teneduría de libros** de la contabilidad. La contabilidad es una obligación que no dice relación con las relaciones con terceros, esa obligación surge más bien del concepto de la auditoría (que intenta determinar si los libros de la empresa se llevan adecuadamente o no). El comerciante tiene la obligación interna de llevar su contabilidad, otra cosa distinta es que venga un tercero y le diga si está llevando el libro de acuerdo a las reglas que existen. Por lo tanto, todo lo que es el negocio de la contraloría y la auditoría tiene que ver con la supervisión del negocio de la teneduría de libros que es lo que hacen los contadores. ¿Cómo se relaciona un contador con el administrador de la empresa? ¿Cuál es el producto que le entrega el contador a la empresa? Un libro contable. El contador, para escribir el libro contable, recibe información de la empresa (facturas). El contador se sienta a recibir papeles que tengan antecedentes contables, dejando registro de ellos en un libro de contabilidad, con lenguaje contable.

Hoy las empresas se ven a través de tres estados, tres mediciones de situación financiera:

- I. **Balance:** Dice lo que yo tengo; cuál es mi situación hoy a un momento determinado. Esta se toma con un balance, que lo que hace es medir un momento que dice cómo me encuentro yo en ese momento determinado. El balance al 31 de diciembre y el balance al 02 de enero son dos balances distintos.

El balance siempre me tiene que representar una misma suma de activos y de pasivos.

| Creciendo S.A.                      |                  |                                  |                  |
|-------------------------------------|------------------|----------------------------------|------------------|
| Balance General al 30 de Septiembre |                  |                                  |                  |
| <b>Activo Circulante</b>            |                  | <b>Pasivo Circulante</b>         |                  |
| Caja                                | 20,000           | Proveedores                      | 125,000          |
| Bancos                              | 240,000          | Documentos por pagar             | 45,000           |
| Clientes                            | 245,000          | Acreedores diversos              | 10,000           |
| Almacenes                           | 275,000          | Impuestos por pagar              | 20,000           |
| Deudores Diversos                   | 10,000           | <b>Total</b>                     | <b>200,000</b>   |
| <b>Total</b>                        | <b>790,000</b>   |                                  |                  |
| <b>Activo Fijo</b>                  |                  | <b>Pasivo Fijo</b>               |                  |
| Edificios(Local Comercial)          | 150,000          | Acreedores Hipotecarios          | 60,000           |
| Equipo de Transporte                | 60,000           | <b>Total</b>                     | <b>60,000</b>    |
| <b>Total</b>                        | <b>210,000</b>   |                                  |                  |
|                                     |                  | <b>Capital Contable</b>          |                  |
|                                     |                  | Capital Social                   | 350,000          |
|                                     |                  | Utilidades retenidas             | 390,000          |
|                                     |                  | <b>Total</b>                     | <b>740,000</b>   |
| <b>Total de Activo</b>              | <b>1,000,000</b> | <b>Total de Pasivo y Capital</b> | <b>1,000,000</b> |

\* Pasivo = lo que ha ingresado por la vía del financiamiento

\* Capital = lo que ha ingresado por la vía del capital.

El balance tiene gran importancia para determinar la situación en que se encuentran las situaciones jurídicas de quienes financian a la empresa: los acreedores y los capitalistas. Por lo tanto lo que hay que notar del balance es cuánto se le debe a cada uno, y cuánto hay dentro del activo para pagarles.

Técnicamente, acá encontramos el “capital”, que básicamente tiene que ver con la suma de los aportes que se reciben de los socios (si hay dos socios que aportan 150, hay un capital de 300). Si he ganado además 300, será una utilidad. Si es de este año es de ejercicio, si es de años anteriores, es de ejercicios anteriores. Pero es una utilidad, que me da un patrimonio neto de 600. Si al día siguiente se pierde un activo de precio 10, la utilidad se ve afectada en 10 (afecta a los capitalistas) pero no a los financistas (queda en 300 igual).

Este balance, por tanto, va mostrando la situación de la empresa en lo que ella debe, lo que tiene, y la relación que tiene con sus financistas y capitalistas. El capitalista puede acceder a estos dineros a través de los pagos de dividendos y utilidades y al momento de la disminución de capital. Dejará de recibir con la liquidación de la sociedad (lo que no quiere decir que sus acciones mueran con la liquidación; puede canjearlas para seguir participando en otra compañía).

**2. Estado de resultados:** Medición dinámica de cómo me está yendo en el negocio: Defino un período de tiempo en el cual mido cómo me está yendo en el negocio. Y esa medición la hago sobre la base de los ingresos y los gastos. Es lo que se llama el Estado de Resultados (porque es el resultado de sumar los ingresos y restar los gastos. Esta mide el desempeño de un período determinado

de la empresa. No comparando un balance de inicio y un balance de término, sino que a través del balance de estado de resultados.

Este es el que buscan los inversionistas de capital, ya que determina qué parte de la utilidad del negocio se pagará al capitalista por la forma de dividendos en el caso de sociedades de capital, o de retiros en las sociedades de personas. En ambos casos tiene que ver con la utilidad, y la utilidad se determina restando ingresos menos gastos y costos. Por lo tanto, el capitalista es el primer interesado en el estado de resultado, para definir qué porcentaje de las utilidades se le pagará a los accionistas.

El estado de resultados se determina fácilmente. Hay que determinar cuáles son las **ventas** (antes del IVA; el estado de resultado es paralelo al IVA, no se trabaja acá), y cuáles son los **costos de venta** (costos de adquisición; lo que tengo que pagarle a terceros para que me entregue los insumos de los elementos que más tarde transformo para vender). Lo primero menos lo segundo, me da una **utilidad bruta**. Luego tengo los **gastos de operación** (gastos que no forman parte del costo –el gasto es ajeno del producto que estoy vendiendo; así por ejemplo el sueldo del trabajador, el pago de la cuenta de energía, etc.-). La resta de la utilidad menos los gastos, me lleva a determinar un **EBITDA**, antes de empezar con las **depreciaciones y amortizaciones**, que se restan también del EBITDA, generando una cierta **utilidad de operación**. Todos los conceptos de depreciación y amortización como son conceptos contables, generalmente son los primeros que se separan de la caja. Luego están los **gastos financieros** (su cúmulo tiene que ver con la cantidad de financiamiento que quiero traer a la empresa; mientras más dinero prestado tengo, más gastos financieros) que hay que restar a esta última utilidad. Finalmente me quedan las **utilidades antes de impuesto**, a las que resto los impuestos, y quedo con las **utilidades netas del período**.

Acá se mezclan factores que tienen un impacto de caja, y factores que no tienen impacto de caja (factores contables).

| Compañía "X"                                                           |                                    |              |                |
|------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|--------------|----------------|
| Estado de Resultados                                                   |                                    |              |                |
| Comprende el período del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008 |                                    |              |                |
|                                                                        | Ventas                             |              | 100,000,000.00 |
| Menos:                                                                 | Costo de Ventas                    |              | 80,000,000.00  |
| Igual:                                                                 | <b>Utilidad Bruta</b>              |              | 20,000,000.00  |
| Menos:                                                                 | Gastos de Operación                |              | 9,000,000.00   |
| Igual:                                                                 | <b>EBITDA</b>                      |              | 11,000,000.00  |
| Menos:                                                                 | Depreciaciones y Amortizaciones    |              | 1,500,000.00   |
| Igual:                                                                 | <b>Utilidad de Operación</b>       |              | 9,500,000.00   |
| Menos:                                                                 | Gastos Financieros:                |              | 1,350,000.00   |
|                                                                        | Intereses a cargo                  | 1,000,000.00 |                |
|                                                                        | Perdidas cambiarias (T.C.M.E.)     | 300,000.00   |                |
|                                                                        | Varios                             | 50,000.00    |                |
| Mas:                                                                   | Productos Financieros:             |              | 770,000.00     |
|                                                                        | Intereses a favor                  | 350,000.00   |                |
|                                                                        | Garancias cambiarias (T.C.M.E.)    | 400,000.00   |                |
|                                                                        | Varios                             | 20,000.00    |                |
| Menos:                                                                 | Otros Gastos:                      |              | 345,000.00     |
|                                                                        | Costo de ventas activo fijo        | 300,000.00   |                |
|                                                                        | Varios                             | 45,000.00    |                |
| Mas:                                                                   | Otros Ingresos:                    |              | 410,000.00     |
|                                                                        | Precio de venta activo fijo        | 400,000.00   |                |
|                                                                        | Varios                             | 10,000.00    |                |
|                                                                        | <b>Utilidad Antes de Impuestos</b> |              | 8,985,000.00   |
|                                                                        | Impuestos                          |              | 3,000,000.00   |
|                                                                        | <b>Utilidad Neta del Período</b>   |              | 5,985,000.00   |
| Nota: T.C.M.E. = Tipo de Cambio por operaciones en Moneda Extranjera   |                                    |              |                |

3. **Flujo de caja efectivo:** Es un estado de situación financiera que muestra mi situación de caja, que en materia contable representa el dinero constante al que tiene acceso ese patrimonio para pagar sus obligaciones. Por lo tanto, mide cuánto dinero tengo en cada minuto para enfrentar mis obligaciones. Esto es relevante en Chile para el fenómeno de la quiebra, porque aquí se mide la quiebra al momento de la cesación de pagos, que es básicamente un evento: no pago una obligación determinada en tiempo y forma (lo que me lleva a la quiebra). En los países más desarrollados el mundo de la quiebra no tiene que ver sólo con el flujo de caja efectivo sino que además con la posición dinámica del estado de resultados.

Acá lo importante es ver cuánto tengo en la caja respecto de los compromisos que tengo que cumplir (voy a poder cumplir con mis obligaciones o no).

Esto es lo más simple que hay y lo relevante es que apunta a una sola partida de la empresa: la caja; porque es representativa de la empresa.

|                         | Noviembre   | Dic-02      | Ene-03      | Febrero     | Marzo        |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|--------------|
| Saldo inicial de caja   |             | 6289        | 5834        | 7528        | 8855         |
| Luz                     | 60          |             | 104         | 90          |              |
| Gas                     | 45          |             | 45          |             | 45           |
| ABL                     | 25          |             | 27          |             | 27           |
| Expensas                | 67          | 65          | 60          | 80          | 97           |
| Teléfono                | 50          | 128         | 60          | 90          | 170          |
| Aguas Argentinas        | 28          | 0           | 28          | 0           | 28           |
| Hipoteca                | 520         | 431         | 429         | 430         | 431          |
| Préstamo Bco. Ciudad    | 0           | 0           | 320         | 320         | 320          |
| Viajes                  | 300         | 1000        | 200         | 300         | 300          |
| ANSES                   | 123         | 123         | 123         | 123         | 123          |
| IVA                     | 323         | 108         | 40          | 40          | 40           |
| Imprenta tarjetas       | 0           | 200         |             |             |              |
| <b>Total gastos</b>     | <b>1541</b> | <b>2055</b> | <b>1436</b> | <b>1473</b> | <b>1581</b>  |
| Ciente 1                | 1130        |             |             |             | 982          |
| Ciente 2                | 300         | 300         | 0           | 400         | 600          |
| Ciente 3                | 400         | 0           | 500         | 0           | 0            |
| Ciente 4                | 3500        |             |             |             |              |
| Ciente 5                | 1500        | 0           | 320         | 600         | 300          |
| Ciente 6                | 0           | 500         | 0           | 0           | 500          |
| Ciente 7                | 1000        |             | 960         |             |              |
| Ciente 8                |             |             | 950         | 0           | 500          |
| Ciente 9                |             | 800         | 400         |             | 400          |
| Ciente 10               |             |             |             | 1800        |              |
| <b>Total ingresos</b>   | <b>7830</b> | <b>1600</b> | <b>3130</b> | <b>2800</b> | <b>3282</b>  |
| Flujo de caja operativo | 6289        | -455        | 1694        | 1327        | 1701         |
| <b>Balance final</b>    | <b>6289</b> | <b>5834</b> | <b>7528</b> | <b>8855</b> | <b>10556</b> |

En esta clase veremos la parte introductoria de sociedades. Uno podría preguntarse por qué los seres humanos hacen sociedades, y eso daría varias respuestas, podría ser para satisfacer necesidades -por ejemplo esto se da mucho en comunidades pequeñas-, por persecución de objetivos comunes, por protección y promoción de sus intereses -esto se da mucho en los partidos políticos, en las corporaciones y en general en cualquier tipo de empresa colectiva-, pueden ser ventajas de trabajo en equipo -puesto que es distinto si un comerciante se organiza de forma individual o colectiva a través de una sociedad-, por división y especialización del trabajo.

Hay autores que creen que el comerciante tiene incentivos para organizarse como una persona jurídica, como una sociedad porque tiene dos tipos de insuficiencias: (1) una **insuficiencia de tipo económica y financiera**, ya que el capital que compromete en el negocio es únicamente su capital propio, por tanto en muchos casos por ejemplo cuando quiere obtener un crédito externo, no tiene garantías suficientes para obtenerlo, la única garantía que tendría sería el elemento objetivo material de su comercio, que en este caso podría ser el establecimiento de comercio, lo cual en muchos casos no es suficiente (2) **insuficiencia jurídica social**, porque muchas veces el comerciante no va a querer involucrar, o arriesgar sus bienes en el tráfico jurídico por ello va a crear un patrimonio propio de una sociedad a la cual va a afectar estos bienes y por los cuales va a responder en el tráfico jurídico.

Dentro de la normativa aplicable a las sociedades encontramos: a la **Constitución**, los artículos más importantes son el Art. 1 inc. 3: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*, el art. 19 N° 15: *“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de asociarse sin permiso previo.”*, y el inciso 2 *“Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley”*. En segundo lugar tenemos el **Código Civil** que en el título XXVIII del libro IV regula las sociedades, del artículo 2053 en adelante, dicho artículo establece el concepto de sociedad, el cual se ha ido modificando con las nuevas sociedades que se han ido creando. También el CC regula la sociedad colectiva civil y regula las causales de disolución de las sociedades, la regulación que está en el CC es supletoria para las sociedades comerciales ya sea por una remisa expresa o de manera general de acuerdo al artículo 2 del Ccom. En tercer lugar tenemos al **Código de Comercio**, art. 348 y ss., que viene a regular distintas sociedades de carácter comercial: sociedad colectiva comercial, sociedad en comandita: simple y por acciones y las sociedades por acciones. La **Ley N° 3918** que regula las SRL, la **Ley N° 18.046 y DS N° 587** “Ley y reglamento sobre S.A.”, la **Ley N° 18045** “Ley sobre Mercado de Valores”, la **Ley N° 3538** “LO SVS”, la **Ley N° 19.499** “Saneamiento de los vicios de nulidad”.<sup>1</sup>

## **Evolución histórica de la sociedad**<sup>2</sup>

En la primera etapa nos encontramos al **DERECHO ROMANO** que es la base de nuestra personalidad jurídica. Originalmente existía un pacto que era de organización hereditaria que se llamaba consorcio, era un pacto de carácter universal, esto quiere decir que en esta sociedad todo el patrimonio del socio entraba íntegramente en la sociedad. Para los romanos la unión de patrimonio ya de por sí era considerado un beneficio económico, y por tanto uno de los requisitos necesarios para constituir una sociedad. Cuando Roma se expande producto del desarrollo comercial romano, comienzan a aparecer las sociedades particulares, estas

son sociedades en donde no existe una afectación total al patrimonio de los socios, sino que a parte de un bien, se caracterizaban porque se dedicaban a negocios o actividades determinadas. Un ejemplo de lo anterior era las sociedades de publicanos que se encargaba –entre otras cosas- de recaudar impuestos y realizar obras públicas.

Las sociedades de tipo de romana sólo afectaban a las personas que contrataban en ella, en otras palabras tenían efecto relativo solo a las partes, era una sociedad sin personalidad jurídica, pero tenía una separación de patrimonio, vale decir, se creaba un patrimonio distinto del de los socios, y eso era importante puesto que se generaba un efecto similar al de las sociedades actuales con personalidad jurídica pero sin ella.

En esta época comienzan a desarrollarse las primeras discusiones teóricas acerca de cuáles eran los requisitos de las sociedad, por ejemplo, Gayo estudió lo que era el objeto de sociedad y la repartición de beneficios, de pérdidas y utilidades; Ulpiano estudió lo que era el concepto de aportes y la *affectio societatis* -que es otro requisito esencial de la sociedad-.

El contrato de sociedad en el derecho romano es consensual, y dado que formaba parte del *ius gentii*, podría ser celebrado por ciudadanos romanos y peregrinos, esto fomentó el fundamento basado en la buena fe de las sociedades.

La segunda etapa de desarrollo histórico es la **EDAD MEDIA**, que va desde el S. XIII al S. XV. La sociedad se caracteriza por tener tres tipos de influencias: (1) el derecho romano, (11) el derecho canónico y (111) el derecho germánico. Del derecho romano se saca principalmente la compañía medieval que está regulada en las partidas de Alfonso X, y el *partnership* que es una especie de sociedad sin personalidad jurídica propia del derecho anglosajón. El derecho canónico aportó la teoría de la personalidad jurídica; hay que entender que esta tenía un fin político, puesto que la iglesia lo que esperaba era separarse del Estado, por tanto entendía que la iglesia era una sociedad perfecta, por lo que el Papa Inocencio IV consideró que la estructura de la iglesia tenía una personalidad moral distinta de las personas naturales que la conformaban, por tanto estableció una diferencia entre la iglesia y el estado para tener más independencia. Del derecho germánico la importancia es que se establecen nuevas formas de administración, aparecen las comunidades de marcas u orilla, que es cuando los germanos conquistaban un lugar y se instalaban dividían el terreno en tres partes: uno de carácter privado dedicado a la habitación, uno para el cultivo también de carácter privado, pero no permanente y un tercer lugar que eran los bosques o prados de carácter común, pero permanente, vale decir, que para siempre iban a ser de la comunidad. Cosas interesantes de los germanos es que tenían las primeras sociedades legales que tenemos en Chile, como la sociedad legal minera; además reconocen la facultad de los socios de delegar acerca de la administración, también entienden que los derechos de la sociedad son de carácter patrimonial y por tanto se pueden ceder o transferir –lo cual era algo que hasta el momento no existía-.

En esta etapa surgen las primeras sociedades en comanditas y las sociedades colectivas. Las sociedades en comanditas surgen en el norte de Italia, eran las llamadas *incomenda*. Se caracterizaban por tener 2 tipos de socios: el comanditario que aportaba el capital y respondía por las obligaciones de la sociedad sólo hasta el monto aportado, y el socio gestor que aportaba su trabajo, que era la cara visible y que respondía con todo su patrimonio de las obligaciones de la sociedad. También aparecen las sociedades colectivas que en esa

época se llamaban en comanditas que se caracteriza por tener muchos socios, pero todos iguales, todos responden solidariamente por las obligaciones de la sociedad.

La tercera etapa es la **EPOCA MODERNA** que va desde el S. XVII al S. XVIII. En esta etapa surgen las primeras sociedades de capital, las cuales son sociedades en donde los derechos o la participación que tienen los socios en la sociedad son representadas en acciones, que son libremente transferibles ya sea a título oneroso o a cualquier otro tipo. Se caracterizan por tener autorización gubernamental, requerían de “cartas” en las cuales se le otorgaba un estatuto jurídico particular a las sociedades. Esto quiere decir, que no existía una regulación general para la sociedad de capital, por lo cual cada vez que se creaba una sociedad, era necesario crear un estatuto jurídico distinto que la regulaba de forma particular. Las principales sociedades de capital de esta época son las compañías coloniales, aquellas que estaban destinadas a comerciar entre la capital y las colonias, por ejemplo la inglesa, la francesa que se llamaba “La compañía la línea occidental”, la Holandesa llamada “La compañía la línea oriental”. Como eran grandes empresas requerían de gran capital, por lo que se crearon estas sociedades de capitales.

La cuarta etapa es la **CONTEMPORÁNEA**, que es la época de la codificación. En 1804 y 1807 se dicta el código napoleónico civil y comercial que regulan en términos generales e íntegros a las sociedades, sobre todo las sociedades de persona, y en algunos casos, a algunas comerciales. Por la influencia que tuvieron los franceses en la codificación, esta se expandió a Europa y llegó a Latinoamérica.

Durante esta época surge una nueva forma de asociación que se llama cooperativa, las cuales surgen en leyes prusianas, y se caracterizan porque si bien no es una sociedad de capital, los socios tienen igual derechos y obligaciones dentro de la sociedad y pueden ingresar y retirarse de manera libre a la sociedad lo que determina que el capital de la sociedad sea variable. Doctrinariamente se discute si las cooperativas son o no sociedades, pero es una discusión que no es relevante para efectos del curso.

También se regulan las primeras formas de sociedades de responsabilidad limitada, en Alemania y en Inglaterra a través de la *private companies*, estas sociedades se caracterizan por ser sociedades en donde los socios responden hasta la cantidad de capital que han aportado, por tanto no responden con sus bienes propios.

### **Evolución de las sociedades en el Derecho chileno.**

La primera regulación en el derecho chileno fueron las **7 partidas de Alfonso X**. En el título X de la V partida se regulaba principalmente las sociedades provenientes del derecho romano, vale decir aquellas que no tenían personalidad jurídica; en 1795 aparecen las **ordenanzas de Bilbao** las cuales en el título X regulaban a las compañías de comercio, en 1855 se publica la **primera ley sobre S.A.**, en 1857 comienza a regir el **CC** regula de manera general y supletoria a las sociedades comerciales, el **Ccom** en 1867 regula la sociedad colectiva mercantil, la comandita simple y por acciones y también a las SA, la **Ley N° 3.918** de 1923 introduce a las SRL, la **Ley N° 20.190** del 2007 introduce a las sociedades por acciones.

### **Concepto de sociedad y su análisis crítico.**

El concepto de sociedad se encuentra por primera vez en el artículo 2053 del CC: “*La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.*”, de este artículo

surgen determinadas preguntas que nos permiten hacer un análisis crítico de la sociedad.

**¿Es la sociedad lo mismo que una empresa?** Baeza, dice que no se pueden confundir porque responden a nociones distintas, la sociedad es una noción de tipo jurídico que de acuerdo a la doctrina clásica nace del contrato, la empresa es una unidad económica. Sin embargo la empresa puede organizarse jurídicamente como sociedad, pero también puede organizarse sin una, la sociedad es un vehículo de la empresa que esta puede tomar o no. Por ejemplo la EIRL puede constituirse sin formar una sociedad –aunque no necesariamente debe ser una empresa-.

Lo relevante es que la empresa es la organización en sí de los bienes y unidades que la componen, de manera de poder desarrollar una actividad económica que genere un lucro para la empresa y, por lo tanto, para quien lo constituye. La sociedad por su parte es una de las alternativas jurídicas que se tiene para formarse la empresa.

La EIRL es una figura jurídica que crea la ley para efectos de permitir que una sola persona –sin necesidad de asociarse con otras personas- pueda distinguir su patrimonio personal del patrimonio que constituye el desarrollo del negocio que va a realizar. Hoy en día si bien el CC define a la sociedad como un contrato - y un contrato supone necesariamente un acuerdo de voluntad entre dos personas-, existen algunas figuras jurídicas a las cuales la ley atribuye el carácter de sociedad en donde no hay una voluntad conteste de dos personas, donde no hay acuerdo común de poner algo en común y de participar en los beneficios que puedan derivar de los aportes realizados como en la EIRL y la sociedad por acciones, la cual también permite constituirse a través de una única persona.

Si bien el CC y el Ccom entendieron que la sociedad –de acuerdo a la teoría clásica- es un contrato, la doctrina viene a criticar esta noción puesto que se señala que la naturaleza jurídica no sería contractual. Baeza señala que la sociedad se constituye a través de un contrato, pero que la sociedad es mucho más que un contrato, reducir la sociedad al contrato, es como reducir a una persona a su acta de nacimiento, sería dejarlo en sus mínimas expresiones. Cuando se crea una sociedad se crea una realidad nueva de orden jurídico y social que permite una actividad económica.

**¿Es consensual o solemne?** La definición está en el Art. 1443 del CC en donde se clasifican a los contratos entre solemnes, consensuales y reales, la regla general es que los contratos se forman solo con el consentimiento de las partes, vale decir, la regla general es que sean consensuales.

Si uno lee el artículo 2053 del CC uno podría pensar que el contrato de sociedad también es consensual, pero la realidad y el avance jurídico han demostrado que las sociedades se constituyen de manera solemne, por lo general por escritura pública. Por lo tanto en la práctica la consensualidad para ser la excepción, la única sociedad consensual que actualmente existe es la sociedad colectiva civil.

Algunos autores se cuestionan esto, porque el hecho de que se requieran aportes para la constitución de la sociedad hace de este un contrato real, sin embargo la mayoría de la doctrina ha entendido que esto no es así, dado que los socios *se obligan* a aportar, lo que no significa que al momento de la constitución realicen el aporte material, sino que se obligan a entregarlo con posterioridad.

**¿Se requieren dos o más personas?** Del Art. 2053 del CC se infiere que se requieren de dos o más

personas, pero sin embargo en la práctica existen muchas hipótesis de unipersonalidad de sociedades.

En el caso de las sociedades por acciones, el art. 424 del Ccom las define como *“La sociedad por acciones, o simplemente la “sociedad” para los efectos de este Párrafo, es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado de acuerdo con los preceptos siguientes, cuya participación en el capital es representada por acciones.”* las sociedades por tanto pueden ser constituidas por una persona. En el caso de las S.A., el art. 103 N°2 de la ley sobre S.A. establece una causal de disolución cuando se reúnen en una mano la totalidad de las acciones. Cabe precisar que antes de su disolución, durante un plazo de 10 días existirá una SA unipersonal, plazo en el cual el único accionista podrá enajenar parte de sus acciones para mantener a la sociedad con vida. Este caso demuestra que en Chile pareciera que el legislador intenta eliminar las sociedades unipersonales.

El Art. 14 de la Ley N° 19.857 que introduce a las EIRL señala un caso igual al anterior, en el cual cuando se reúnan por 30 días las acciones en una sola mano de una sociedad, esta se transformará en una EIRL, vale decir en una sociedad unipersonal. El último caso es la EIRL propiamente tal.

**¿Qué tipo de beneficios buscan?** Existen distintas teorías al respecto. Gabriel Palma plantea que la distinción entre una sociedad y una corporación o fundación es que la sociedad necesariamente tiene una finalidad de lucro directo<sup>3</sup>. Esta última tesis ha sido rebatida por Gonzalo Baeza y Arturo – que plantean que existen tantas sociedades como actividades humanas y que existen muchas formas de asociación que no tienen por finalidad el lucro como, por ejemplo, las cooperativas que tienen por finalidad mejorar la calidad de vida de los socios, pero por el principio de ayuda mutua. Existen también otras asociaciones sin fines de lucro como una asociación gremial, las de canalistas, etc. Se señala que mientras las sociedades civiles comerciales y civiles tienen un fin de lucro, las sociedades no, dado que en general se refieren a cualquier actividad humana de carácter asociativo.

**¿Cuál es la responsabilidad de los socios?** Esta pregunta no se puede responder de manera uniforme, ya que en el derecho chileno existen tantas sociedades y cada una tiene un tipo de responsabilidad distinta. Existen sociedades de responsabilidad limitada, en donde los socios limitan su responsabilidad a los aportes que hubieren hecho al momento de constituir la sociedad, vale decir, el socio aporta una cantidad de bienes determinada y, por ejemplo, si la sociedad quiebra o incumple obligaciones, se debe pagar con los bienes que aportó, pero en ningún caso con su patrimonio personal.

La otra opción es una responsabilidad de tipo solidaria con la sociedad, vale decir, se puede ejecutar tanto bienes afectos a la sociedad como a los bienes del patrimonio de los socios. El estudio de cada responsabilidad es el estudio de cada sociedad en particular.

**¿Se requiere de una persona jurídica para constituir una sociedad?** La mayoría de la doctrina dice que sí, pero Puelma plantea que en el derecho chileno se pueden constituir sociedades con o sin personalidad jurídica puesto que el Art. 2053 del CC, no impide la constitución de una sociedad sin personalidad. Además en el caso que se contradiga esto, el autor señala que la norma del 2053 del CC es de orden privado y por tanto disponible para las partes. Por otro lado el Art. 19 N°15, impide que la ley prohíba una asociación siempre que esta no tenga fines ilícitos. Esto sin embargo esta es una posición minoritaria de la doctrina.

Del concepto de sociedad podemos desprender 4 características esenciales que son: (1) estipulación de un aporte,

(ii) la búsqueda de beneficios, (iii) repartición de los beneficios y pérdidas sociales y (iv) la *affectio societatis*.

El art. 424 del Ccom –citado más arriba- habla de la sociedad por acciones, en este caso no habla de un contrato, sino que habla de un acto de constitución. Por otra parte, el art. 1 de la Ley sobre S.A. señala: *“La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables. La sociedad anónima es siempre mercantil, aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil.”* Estas definiciones de sociedad vienen a modificar el concepto original del código civil que tiene una naturaleza contractual, en consecuencia el concepto ha ido mutando y no tenemos por tanto un concepto unívoco de sociedad.

### **Naturaleza Jurídica de la sociedad.**

Respecto a la naturaleza jurídica existen cuatro grandes teorías: (1) la **TEORÍA CONTRACTUAL**, que es la clásica, fue creada por los franceses durante el S. XIX. Sus principales representantes son Pothier y Troplong. La sociedad bajo esta teoría es un contrato porque se constituye a través del consentimiento de los socios, de un acuerdo de las partes. Esta tesis predominó durante el S.XIX y fue la base del código napoleónico y el de comercio francés influyendo en el nuestro también.

Algunos autores dentro de esta teoría señalan que se trataría de un contrato de carácter pluripersonal, vale decir, que confluyen más de dos personas y que además es de tracto sucesivo, porque se van renovando en el tiempo. Otros autores como Ripert plantean que si bien la sociedad es un contrato, reducirla solo a esto sin embargo, es no entender la naturalidad de los efectos a futuros que se dan con la constitución de la sociedad.

Críticas a la teoría: no explica los efectos a terceros, dado que al ser contractual tiene solo efecto relativo según el Art. 1545 CC; Tampoco explica qué sucede con los socios que se adhieren con posterioridad a su constitución, puesto que ellos no fueron parte del contrato; Además no explica cómo existen casos como las sociedades unipersonales, o las sociedades que nacen bajo la ley como la sociedad legal minera que nace de la ley cuando dos o más personas solicitan la concesión de una pertenencia minera, declarando la ley de pleno derecho que estas personas a las que le otorga la concesión conforman una sociedad, sin existir la voluntad de ellos.

(ii) La segunda **TEORÍA ES LA DEL ACTO CONSTITUTIVO**. La teoría de Von Gierke, plantea que la sociedad se constituye por un acto unilateral de los fundadores que genera un estatuto que va a regir a la sociedad en su funcionamiento corporativo. Esta teoría tiene dos ramas: por un lado la teoría del acto constitutivo unilateral que plantea que existen varias personas con un mismo fin, y que todas estas personas funcionan como si fueran una constituyendo la sociedad. En este caso la constitución se forma incluso si tienen intereses distintos, aunque teniendo como objetivo el mismo fin social –constituir la sociedad-, y por el otro, el acto constitutivo colectivo que plantea que son varias personas con un mismo fin las que conforman la sociedad, pero que no es una sola persona, sino que son muchas voluntades sumadas (hay teorías similares en el derecho civil respecto de cómo se forman los contratos). Ellos plantean que de esta forma se entiende

que existan sociedades que no se constituyen bajo el principio de unanimidad. De esta forma se explica qué sucede cuando un socio sale de la sociedad, sin disolverse esta. En este caso la sociedad no se disuelve porque son una suma de voluntades, no requiriendo de la unanimidad de los socios.

Críticas a la teoría: Se critica a esta teoría que no tiene un asidero real en la práctica puesto que los socios no tienen intereses en común.

(iii) La tercera teoría es la **TEORÍA DE LAS INSTITUCIONES**, sus principales representantes son Hauriou y Renard. Estos autores adhieren a la teoría del contrato, pero plantean que la sociedad además de ser un contrato es una institución, que la sociedad es un ente intermedio entre la persona y el Estado, que tiene voluntad propia, que tiene un interés distinto del de sus socios considerados individualmente y que su estatuto es el mecanismo mediante el cual la sociedad puede lograr sus objetivos sociales. Estos autores sostienen que la primacía del interés colectivo por sobre el individual sus socios permite explicar que muchas veces la sociedad realiza actos que van en contra de los de sus socios.

Críticas a la teoría: Se critica que se concentra mucho en los objetivos de la sociedad y olvida los intereses de los socios los cuales en la práctica son muy importante.

(iv) La cuarta **TEORÍA DEL CONTRATO DE ORGANIZACIÓN O COLABORACIÓN**, su principal representante es Ascarelli. Esta teoría también adhiere a la teoría contractual, pero señala que este tiene características específicas, que es un contrato pluripersonal, vale decir que existen muchas personas pero con un mismo fin, y que es de carácter organizacional, dado que si bien se crea una persona jurídica, esta se crea con un estatuto de manera tal que regula el funcionamiento de la sociedad, no es un contrato cualquiera. Plantean que la sociedad se contrapone a lo que son los contratos de cambio, que son los de carácter bilateral en el cual las partes tienen intereses opuestos y que esto les permite exigir uno al otro coactivamente una contraprestación.

En el contrato de sociedad todos se miran a todos (en los otros se miran de frente), de esta forma no sólo interesa el interés particular de los socios, sino que interesa el interés colectivo.

**¿Cuál es la naturaleza jurídica de las sociedades en el derecho chileno?** Nosotros establecemos la naturaleza jurídica de la sociedad como criterio para ver cuál es la normativa supletoria aplicable, ya que como vimos, la sociedad desde una teoría clásica es un contrato, y eso parece ser lo que pensó Bello y O'campo al redactar los códigos civil y de comercio. Sin embargo, el desarrollo ha hecho que se hayan creado distintas sociedades que no responden a la lógica del contrato, por lo que para determinar la naturaleza jurídica de las sociedades hay que estudiarla de forma particular.

**¿Es necesario determinarla?** Hay autores como Sandoval que señalan que es importante determinar la naturaleza jurídica de las sociedades, pero no señalan el por qué. Para Puelma no es importante dentro del derecho chileno, puesto que cualquiera sea el tipo de sociedad, en la práctica se aplica el mismo estatuto común, general y supletorio.

### **Definición doctrinal de Sociedad.**

a) **Gabriel Palma:** El concepto de sociedad sólo se aplica a las reuniones de personas que se unen con

el fin de obtener un lucro. Esta característica esencial a toda sociedad está claramente indicada en la definición que da el CC en su Art. 2053.

- b) **Arturo Davis:** Existen tantos tipos de sociedades como actividades humanas y cuando ellas tienen por objeto la consecución de un beneficio material (lucro pecuniario o beneficio económico), estamos ante una sociedad civil o comercial.

- c) **Ricardo Sandoval:** Cuando dos o más personas se juntan para llevar a cabo una empresa de la cual todos van a soportar los mismos riesgos y gozar del provecho, se habla de sociedad.
- d) **Gonzalo Baeza:** La sociedad es una persona jurídica emanada de un acto jurídico, un hecho o la ley, por el que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de partir entre sí las ganancias y soportar las pérdidas, derivadas de la realización de un giro u objeto, cumpliendo las solemnidades legales, cuando hay lugar a ellas.

Hablar de sociedades en Chile, es diferente en comparación con el resto del mundo, puesto que hay de distintos tipos y de diversa naturaleza, sin embargo, todas son personas jurídicas. Esta es la diferencia con el resto del mundo, dado que hay sociedades en el derecho comparado que no son personas jurídicas independientes de los socios. Una temática clave debido a esta diferencia es la situación del abuso de la personalidad jurídica, vinculado con la teoría del levantamiento corporativo *¿debemos considerar el velo o tomarlo en cuenta?* Dentro de la misma mecánica de las sociedades, es importante la existencia de otras instituciones. En el derecho civil, el mundo de las corporaciones y personas jurídicas sin fines de lucro es bastante poco explorado por la doctrina, y existe poca orgánica al respecto.

En la práctica del derecho, las instituciones forman parte de la vida diaria, por tanto, vale la pena preguntarse *¿Qué es la universidad de Chile?* Esto coarta al derecho administrativo, que regula como derecho público a ciertas instituciones privadas.

En este contexto, *¿qué distintas entidades se han visto contratando?* S.A.; sociedades sin fines de lucro; con responsabilidad limitada; empresas individuales de responsabilidad limitada (EIRL); empresas del Estado (Codelco, Metro, Televisión Nacional, ENAP); el fisco (ministerios, subsecretarías, servicios descentralizados, consejo de defensa del estado); órganos autónomos –p. ej. el banco central, municipalidades–.

Las A.F.P son administradoras de fondos de pensiones, esto quiere decir que las A.F.P administran capital ajeno *¿Qué origen tiene ese capital, cómo se incorpora a su administración?* El empleador le retira al empleado un porcentaje de su sueldo en cada liquidación y le paga a la A.F.P, la cual administrará dicho dinero en un fondo de capitalización individual –referido a un solo individuo–. Las A.F.P son el gran invento del plan laboral vigente, actualmente copiado por otros países, el cual se opone a muchos regímenes de previsión social surgidos en el mundo durante el S.XX.

Las grandes cajas de previsión social consisten en una multiplicidad de personas, en las que el empleador retiene al empleado un porcentaje de su sueldo en cada liquidación, pero este dinero va a una caja común que le pertenece al fisco. Lo anterior quiere decir que yo pongo mis ahorros al fisco, este tiene mi plata, y el día en que me jubilo, el fisco me paga de vuelta lo que ahorré durante mi vida. Este es el problema de Europa, dado que tiene mucha población que está jubilada bajo este sistema. Lo importante es entender que en un régimen como este, se confunden las platas de uno y otro<sup>1</sup>.

*¿Qué nos dice el sustantivo capitalización?* Hace referencia a la situación en que el dinero genera más dinero; o a la situación en que se capitalizan intereses sobre intereses, vale decir cuando se produce el anatocismo.

*¿Qué es lo que es un fondo?* Existen fondos de varios tipos: fondos de inversión, fondos mutuos, fondos de reserva excedentes del cobre, fondos de estabilización de precios del petróleo, entre otros.

*¿Cuándo estos fondos son privados o públicos?* Esto lo determinamos en la medida en que hay distintas disciplinas que miran de forma distinta la idea de lo público y de la de lo privado. En este caso nos referimos a lo público como lo regido por el derecho público, y a lo privado a lo regido por reglas distintas a las del derecho privado.

Es por lo anterior que debemos entender las instituciones de derecho público y las de derecho privado. Las ofertas públicas y las ofertas privadas de la Ley de Mercado de Valores son normas de derecho privado, regidas también por normativa de orden público en el sentido de que hay una regulación del orden público económico, pero las instituciones que hacen oferta pública en el Mercado de Valores son entidades de derecho privado, no público. Por lo tanto esta división que parece ser muy clara, se vuelve tenue en algunas situaciones. Bofill dice que es como hablar de derecho constitucional, es el punto de partida para tener una conversación racional el saber distinguir las instituciones del derecho público y las del derecho privado. Dentro de las instituciones de derecho privado, el mundo es un poquito más ordenado en el sentido de que se pueden establecer ciertas categorías. En el derecho público siempre es más difícil hacer una buena clasificación de las entidades públicas.<sup>2</sup>

Dentro del derecho público tenemos básicamente a todo el mundo de las empresas del Estado, tenemos el mundo del fisco, los servicios descentralizados de los órganos autónomos –que el profesor tomaría como uno solo-, las municipalidades, las cartas de previsión, etc. Muchas de ellas tienen personalidad jurídica, por tanto, son personas independientes, con patrimonio propio y con capacidad de ser titular de derechos y obligaciones –no tienen todo el cúmulo de derechos y obligaciones, no pueden contraer obligaciones como el matrimonio y el testamento obviamente, puesto es estos oscilan en la categoría de derechos personalísimos-. Estas entidades en el derecho público muchas veces se sustentan en normativas de derecho privado, por ejemplo Televisión Nacional, Metro y Codelco son S.A que tienen una ley que les dice que deben regularse al amparo de una S.A. Estas entidades se rigen con la normativa de S.A, son entidades de derecho público puesto que hay una ley que las crea y porque forman parte del aparato estatal, independientemente del aparato corporativo que se quieren dar.

En el caso de Codelco, esta comienza como una repartición estatal bajo la figura de una corporación. Después de 30-40 años de funcionamiento Codelco decide modificar su estructura orgánica, y se aprueba una ley en el Congreso que modifica la estructura de este concepto de corporación de Codelco, a un concepto de S.A., se señaló que *“por este acto la corporación del cobre creada por ley en el año 1971, en este acto pasa a denominarse Codelco S.A. y se va a regir supletoriamente a los términos de esta ley con las normas de las S.A. abierta con excepción de la siguiente normativa...”*

*¿Por qué creen ustedes que los congresistas estuvieron dispuestos a que Codelco se rigiera bajo el amparo de las normas de las S.A.?* Uno de los argumentos que se esgrimió es que siendo una S.A., se podría vender parte de la entidad al poder transar las acciones, en cambio, el patrimonio de la corporación no está distribuido en ningún título de valor que sea susceptible de venta. La corporación es lo que es, y entre el fundador de la corporación, el otorgante de la corporación y la corporación básicamente no existe ningún vínculo jurídico que no sea aquel que lo hizo nacer. La corporación en si misma, comienza a dar vuelta en el mundo sin una representación de capital humano en terceros, de hecho, parte importante de eso nos lleva a discutir más tarde el concepto de sin fines de lucro, por oposición al con fines de lucro que ya ha sido anticipado. Si son S.A. esto nos lleva a entender que se permite vender parte de Codelco, sin embargo en la práctica política –incluyendo el gobierno actual- todos han declarado públicamente que no están dispuestos a vender Codelco, por tanto esta no fue la razón. Otro argumento fue la prolijidad de las S.A. en términos burocráticos -cuando

hablamos de la burocracia de Codelco estamos hablando de su administración-

*¿Cómo creen que es el derecho de la corporación y el derecho S.A.?* En materia de contratación internacional – entre privados- una de las razones fundamentales por las cuales la ley gobernante que se escoge es una determinada, tiene que ver con la prolijidad de la ley que se define como gobernante. En EEUU, por ejemplo, casi todo los comercialistas eligen como ley gobernante a la ley del estado de Delaware, al tener esta una buena Corte Suprema que es pro comerciantes. Cuando se escoge a la S.A. como una figura corporativa por la cual se rige a Codelco, se hace por una razón similar, porque se piensa que en materias de S.A. es donde existe la mayor profusión de reglas de derecho y mayor precisión de las mismas, a propósito de la administración de ese orden. Si se consultan las fuentes directas e indirectas relativas a la administración de corporaciones en Chile y se contrastan con las fuentes directas e indirectas de S.A., encontraremos que estas últimas son abrumadoramente más significativas que las primeras, porque la cuestión de la corporación de derecho público o privado, como se rigen por normas de derecho público o básicamente se administran por un ministerio de justicia en caso de las corporaciones de derecho privado, no existe una gran profusión respecto a las normas sobre administración, porque no existen conflictos de administración que tengan a su turno un órgano que las resuelva específicamente, a diferencia de lo que ocurre en materia comercial en donde existen gran cantidad de precedentes de conflictos en la administración de S.A. y, por lo tanto, desde el punto de vista de hacer derecha jurisprudencia, tanto de los tribunales ordinarios como de los tribunales especiales y arbitrales, existe una gran profesión y por ende prolijidad de normativa. Cuando el legislador elige que a Codelco se le va a regir por la normativa sobre S.A., y después lo extiende a otras empresas públicas, lo que busca es usar la prolijidad de la normativa de las S.A. -que es la más prolija en materia de administración personalidad jurídica-.

Este es otro caso de confusión de derecho público que busca en el derecho privado como una forma de resolver una parte de su incógnita. Esto ciertamente ocasiona una confusión haciendo creer que estas entidades del derecho público pasan a ser de derecho privado, sin que esto sea así.

El fisco es una entidad de derecho público creada por ley de rango constitucional (por la CPR), es una persona jurídica de derecho público que tiene su patrimonio propio, que tiene sus representantes legales y sus administradores, que tiene sus departamentos o divisiones, ministerios, subsecretarías, intendencias, algunas con atribuciones administrativas, otras con atribuciones políticas, pero que en definitiva en la distribución de atribuciones cuando se trata de celebrar actos y contratos estos repercuten en el patrimonio del fisco. Esto en derecho privado tendría su símil en el contrato de mandato, cuando se genera un siniestro asegurado por un seguro de vida, el caso de un curador que administra los bienes del incapaz, en general los casos de incapaces, la agencia oficiosa.

En el mundo privado agregaremos a las comunidades<sup>3</sup>, y a los fondos.

---

<sup>3</sup> La clase termina hablando de comunidades, pero no escribo nada porque se procedió a introducir el tema preguntando al curso qué creía que era una comunidad.

## **El contrato de sociedad.**

En el Código Civil indica que una sociedad es un contrato en que dos o más personas acuerdan poner algo en común en miras de obtener un beneficio. Vamos a revisar cómo se aplican respecto del contrato de sociedad, todos y cada uno de los requisitos de existencia y validez del acto jurídico.

Un contrato en tanto tal considera el acuerdo de voluntades de dos o más personas. Todo contrato en tanto acto jurídico bilateral, supone por naturaleza que concurra la voluntad de dos o más personas. Si lo llevamos al ámbito del Derecho de sociedades, ¿es esto necesariamente así en el contrato de sociedad?

**¿Es posible reconocer en la legislación algunos tipos de sociedades en los cuales no concurre el acuerdo de voluntades de dos o más personas y, sin embargo, se siga llamando sociedad?** Sí, es posible encontrar ese reconocimiento de existencia de sociedades en las cuales solamente concurre a su constitución un único titular, o que devienen en un acto que, si bien originalmente en su acto de constitución concurría la voluntad de dos o más personas, por alguna circunstancia durante la vigencia de la sociedad, la totalidad de la representación del capital social pasa a tener un único titular.

**Estos casos son:**

- Uno era el **Art. 69 ter de la Ley de sociedades anónimas (LSA)**. Ese artículo (que está derogado porque su regulación ahora está contenida en la ley de mercado de valores), existía a propósito de las “opas”. En este caso lo que ocurría era que alguien hacía una oferta pública de adquisición de acciones y todos los accionistas concurrían a esa oferta, lo que podía ocurrir era que aquel que adquiría las acciones pasaba a ser el único accionista. La ley no lo obligaba a disolver la sociedad, sino que permitía que este pudiera permanecer en el tiempo como único accionista de la sociedad.
- **Art. 103 n° 2 LSA**. Este, a propósito de las causales de disolución de una SA, revisa qué sucede cuando todas las acciones quedan en manos de un accionista, ya sea porque un accionista compra las acciones a los otros, o porque un tercero adquiere todas las acciones. Hasta hace muy poco, el efecto inmediato de la reunión de todas las acciones en una sola mano era la disolución de la sociedad. Hoy en día eso es así, pero transcurridos 10 días. Ahora la ley dice que persevera la sociedad, pero si transcurren más de 10 días se disuelve. Pero en el fondo permite que en esos 10 días, el que tiene la totalidad de las acciones pueda transformarse en una EIRL o transformar su sociedad en una Sociedad por Acciones (SpA) que finalmente pueda tener un único titular.
- **Art. 424 y 444 C. Comercio** introdujo la institución de las Sociedades unipersonales. Las SpA se crean imitando la situación y estructuras societarias permitidas en el derecho comparado, se ve que a nivel de otras legislaciones existen instituciones similares, por ejemplo, la legislación española que a las SpA las denomina “Sociedades anónimas unipersonales”.

## **Consentimiento**

Este es un requisito de los Actos Jurídicos.

### **A. Contrato consensual**

¿**Toda sociedad se perfecciona por el acuerdo de voluntades?** **No.** Hay tipos sociales que requieren solemnidades para efectos de ser otorgadas válidamente. Cada tipo social tiene requisitos de existencia y validez, por ejemplo, las SA requieren escritura pública. Las únicas que son muy flexibles y que efectivamente se perfeccionan por el acuerdo de voluntades (son consensuales), son las Sociedad colectiva civil y la Sociedad en comandita civil.

¿Qué pasa en la realidad? El hecho de que dos o más personas den su acuerdo, haya consentimiento válido y estén todos los requisitos (causa, objeto, se cumplen los requisitos del contrato de sociedad), es suficiente, pero, ¿**cómo se acredita la sociedad frente a terceros, frente al SII?** El contrato de sociedad debe constar por escrito, pero además, por ejemplo, el SII pide que las firmas de los socios sean autorizadas ante notario.

Por lo tanto, si bien la ley considera que el contrato se ha perfeccionado y produce todos sus efectos, la verdad es que como este contrato de sociedad tiene efectos respecto de terceros, no es en la práctica viable perfeccionar este contrato simplemente por la vía consensual.

Hay otras cosas importantes como la institución del “**aporte**”. La cosa que se aporta va a requerir ciertas formalidades como, por ejemplo, si un socio quiere aportar un bien inmueble, necesitará un título que sea causa justa y su inscripción, para lo cual, se necesitará un contrato para ese acto de aporte que es el acto de enajenación o de transferencia de dominio.

#### **B. Consentimiento exento de vicios.**

Para que el consentimiento sea válido y produzca los efectos que se pretende, debe estar exento de vicios. Los vicios son el error, la fuerza y el dolo (vistos en Derecho Civil).

- Aplicación de art. 1451 a 1459 CC.

#### **Capacidad**

Tenemos la aplicación del CC en esta materia, en que “*toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*” (Art. 1446). Respecto de los que no son capaces, no significa que no podrán otorgar un contrato de sociedades. sino que tendrán que hacerlo bajo el estatuto jurídico que los regula.

El tema se presenta respecto de las sociedades comerciales: Sociedades colectivas mercantiles, Sociedades de responsabilidad limitada (SRL), EIRL. Esto porque el Art. 349 C. Comercio dice que “*Puede celebrar el contrato de sociedad toda persona que tenga capacidad para obligarse (...)*” En esta expresión “que *tenga capacidad para obligarse*” hay ya una discusión respecto de qué tipo de capacidad exige la ley:

- Algunos dicen que esta se refiere a la capacidad de ejercicio porque hay que relacionarlo con el Art. 7° C. Comercio, que dice que es comerciante aquel que teniendo capacidad para contratar hace del comercio su profesión habitual. Por lo tanto, no será una mera capacidad de adquisición.
- Otros dicen que mirando el Art. 349 C. Comercio, este repite lo mismo que el 1446 CC. Por tanto, no le agrega un requisito adicional.

- Situación de la mujer casada: Si uno sigue leyendo el Art 349, dice “*El menor adulto y la mujer casada que no esté totalmente separada de bienes necesitan autorización especial para celebrar una sociedad colectiva. La autorización del menor será conferida por la justicia ordinaria, y la de la mujer casada por su marido*”.

La verdad es que lo que sucedió con el Art. 349 es que quedó derogado con la ley 18.802, que declaró capaces a las mujeres. En general la mujer no era capaz, por tanto con anterioridad a esta ley no era posible pensar que la mujer pudiera concurrir por sí a un contrato de sociedad porque requería una formalidad que era la autorización del marido.

Además, había un problema fundacional porque una cosa es concurrir con la voluntad, y otra cosa es el aporte, por lo que se generaba el problema de que aun cuando la mujer concurren con su voluntad y la autorización del marido, no podría realizar el aporte por sí misma, sino que tenía que hacerlo el marido respecto de los bienes de la mujer. Entonces, ahí se generaba una segunda discusión porque, respecto de los bienes propios de la mujer, el marido tiene derecho a usufructo, por tanto ¿de qué forma o con qué título la mujer iba a poder percibir las utilidades?

Así, con anterioridad a la ley 18.802 todo estaba mal para la mujer: no podía concurrir con su sola voluntad social, no podía realizar el aporte y para algunos tampoco podía percibir los derechos de la sociedad porque ese derecho estaba otorgado en usufructo para el marido.

Introducción general a los bienes de la mujer (actualmente): Las mujeres que están casadas bajo sociedad conyugal, o bajo un régimen ganancial de bienes pueden situarse en 3 ámbitos en su régimen patrimonial:

- a) Pueden tener sus bienes propios, que son aquellos bienes que ella obtiene con su trabajo personal, profesional, separados del patrimonio del marido. Estos son bienes administrados por la mujer y respecto de los cuales el marido no tiene ninguna intervención, por tanto cuando realiza un contrato respecto de sus bienes, responde con la totalidad del patrimonio que conforman esos bienes. Art. 150 CC.
- b) Hay otros bienes administrados por la mujer, que son los legados que se entregan con la condición de que el marido no los administre. Art. 166 CC.
- c) Aquellos bienes que cuando se ha hecho separación parcial de bienes, quedan a la administración de la mujer. Art. 167 CC.

Respecto de todos estos bienes no hay ningún problema. Es decir, después de la Ley 18.802 que la declaró plenamente capaz, la mujer no tiene ningún impedimento para concurrir a otorgar un contrato de sociedad y tampoco para hacer el aporte respecto de los bienes que ella administra porque son de su peculio personal (Art. 137 CC)

El problema se presenta respecto de aquellos bienes que la mujer no administra, que son aquellos bienes propios de la mujer pero que la ley sometió a la administración del marido, es decir, aquellos bienes que ella tenía antes de casarse y aquellos que obtiene luego por una herencia o legado, pero de los cuales no se estableció como condición que el marido no los administre. Estos bienes que son de propiedad de la mujer,

son administrados por el marido, por lo tanto, si bien después de la ley 18.802 la mujer es plenamente capaz y tiene toda la capacidad legal de concurrir a otorgar un contrato de sociedad, el problema se presenta respecto de estos bienes que administra el marido respecto de los cuales ya no se requiere la autorización del marido, pero sí se mantiene la administración de él. Por lo tanto, hay un tema respecto a cómo la mujer percibe las rentas o frutos de esos bienes.

- Hay otro tema que se discute en cuanto a qué pasa con las sociedades que se celebran entre cónyuges. (1) Para algunos los cónyuges no debieran celebrar contrato de sociedad porque es una manera de disfrazar una forma de administrar patrimonio que el CC tiene regulado bajo tres modalidades, y no debiera haber posibilidad de crear una cuarta manera; (2) Otros dicen que la ley no lo prohíbe, por tanto, no habría problema, y sería plenamente válido para ambas personas.

Distinto es qué pasa con los efectos de los bienes que se aportan y cuál es el régimen aplicable a los bienes que se obtienen de esa sociedad, porque puede ser que se diga que la mujer trabaja en esta sociedad, pero como está el marido vinculado a la sociedad, esos bienes ya no pasan a ser de ella según el Art. 150 CC, sino que los administraría el marido. Pero nada impide que los cónyuges puedan celebrar un contrato de sociedad y respecto de este puedan realizar algún tipo de pago.

- Por último, hay que señalar que en materia de capacidad hay otras fórmulas que no son la ley, para restringir la concurrencia de alguna persona a una sociedad, y tales restricciones pueden estar en los estatutos sociales o en el pacto de accionistas. Por ejemplo, típicamente cuando se otorga un contrato de S.A., en un acuerdo privado los accionistas establecen una serie de restricciones respecto de qué forma se pueden ceder las acciones, pues no da lo mismo quienes sean los accionistas, por lo que se dan restricciones respecto a quienes pueden adquirir acciones de los accionistas y cuáles son las restricciones que se le dan. Muchas veces establecen restricciones respecto a competidores, que no se pueden ceder a personas dedicadas al mismo giro.

Por tanto hay otras fuentes, otras normas entre partes que sirven para establecer restricciones que no están dadas por la ley.

## **Objeto**

Cuando hablamos del objeto es importante tener claro que hay que hacer una distinción. Cuando se otorga un contrato de sociedad, lo que hay es un acuerdo de voluntades entre dos personas respecto de las cuales genera derechos y obligaciones, pero para un tercero, la sociedad se constituye. Por lo tanto cuando hablamos del objeto hay que **distinguir cuál es el objeto del contrato de sociedad entre los socios que concurren, y cuál es el objeto de la sociedad misma.**

### **A. Objeto del contrato**

Todo acto jurídico debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer (Art. 1460 CC).

En este sentido, respecto del contrato de sociedad y mirando desde la perspectiva de cuál es el **objeto entre**

**los socios y los socios respecto de la sociedad**, el objeto está dado por aquella cosa que se entrega, o se aporta, o se compromete a aportar a la sociedad.<sup>1</sup> Y este aporte, en tanto objeto debe cumplir con las reglas de licitud previstas en el CC.

El acto de aporte, el acto de enajenación, es un acto que debe también cumplir con el Art. 1464 CC. Y cualquiera de las restricciones que establezca este código (Art. 1460 a 1466 CC).

## **B. Objeto de la sociedad.**

Está **constituido por las actividades para cuya realización se constituye**. Si uno mira los elementos de constitución de la sociedad colectiva mercantil, habla de las negociaciones sobre las que debe versar el giro de la sociedad, es decir, el Art. 352 habla de especificar en el contrato cuáles son los negocios sobre los que debe versar el giro de la sociedad.

Este objeto también debe ser lícito. Así, es importante ver lo que dice la ley, la moral, las buenas costumbres, el orden público. Tampoco puede ser contrario a una ley privada, **no puede ser contrario a lo que dice la ley** (Relación con el Art. 19 n° 15 CPR y 1460 a 1466 CC). Por ejemplo una sociedad cuyo fin es limitar la libre competencia tendría objeto ilícito.

## **Causa**

También hay que distinguir:

### **A. Causa del contrato**

Cuando uno piensa cuál es la causa de un acto jurídico, de un contrato, siempre se mira desde la perspectiva de la otra parte, es decir, la causa por la cual yo celebro un acto jurídico pasa a ser la contraprestación a que se obliga la otra parte respecto de mí.

Esta causa tiene que ser real y lícita, no puede ser una mera expectativa, o sino, carecería de causa. Por tanto, se dice que en un contrato de sociedad, la causa es la **contraprestación o el aporte que van a realizar los otros**. Pero además, **respecto de la sociedad** (respecto de quien se realiza el aporte), mi causa va a ser la **participación o la titularidad sobre la participación en el patrimonio de esa sociedad**, que voy a recibir como contraprestación.

### **B. Causa de la sociedad**

Aquí la doctrina es diversa, pero podemos inclinarnos por tres elementos.

---

<sup>1</sup> La sociedad es un contrato consensual, por lo tanto surge al momento del acuerdo de voluntades respecto de los elementos básicos del contrato, no se perfecciona con el momento de la entrega del aporte

(contrato real). El objeto se entrega al momento de la constitución de la sociedad, o se compromete para entregarlo después en el momento que las partes acuerden. En el acto de constitución lo importante es el acuerdo de aporte, o sea, la voluntad de concurrir con un aporte.

Para algunos la causa de la sociedad es el beneficio que se va a obtener en el reparto de la utilidad. El reparto del beneficio es un elemento esencial de la sociedad, es decir, sin reparto de beneficio no hay sociedad, por tanto, no puede ser la causa de la sociedad.

Otros dicen que la causa de la sociedad son las obligaciones que asumen los otros socios y con respecto a esas obligaciones, es la sociedad la que va a poder llevar a cabo su objeto.

Para otros la causa de la sociedad está dada por el negocio para el cual se constituye. Por lo tanto, desde este punto de vista se puede decir que ese negocio es el que debe cumplir con la licitud que prevenga la ley.

#### Eventuales sanciones penales por ilicitud de objeto y/o causa (escasa aplicación)

- Art. 2058 inciso 2° CC: “(...) Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto, las cuales se regirán por el Código Criminal”
- Art. 292 CP: “Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse” (**Asociación ilícita**) Aquí ya no sólo tenemos el problema de la nulidad por objeto ilícito, sino que además caemos en un tipo penal.
- Art. 294 bis, inciso 2° CP: “Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesorio de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.”

#### Elementos esenciales del contrato de sociedad.

¿Qué diferencia hay entre los requisitos de existencia y validez respecto de los elementos esenciales de un acto jurídico? ¿Qué pasa cuando falta un elemento esencial de un acto jurídico?

Si falta un requisito de validez hay una sanción, que es la nulidad. Pero cuando falta un elemento de la esencia no hay una sanción, no hay una infracción a los requisitos de existencia y validez del acto, sino que ese acto deviene en un acto distinto, pero plenamente válido. Esa es la diferencia: **la falta de un elemento esencial genera un acto jurídico distinto**. ¿Cuál acto jurídico? Habrá que determinar si es uno nominado o innominado.

##### **A. La estipulación de un aporte.**

El aporte es un elemento esencial del contrato de sociedad y así lo establece el Art. 2053 y 2055 CC. Es lo que cada socio lleva o se compromete a llevar a la masa común (Palma). Tiene mucha importancia porque es lo que forma o conforma el patrimonio social.

**¿Es necesario que se haya hecho el aporte para constituir la sociedad? NO**, porque basta haberlo comprometido. Es suficiente que cualquiera de los socios tenga el consentimiento y hayan acordado cuál es

el aporte que van a efectuar, pero no necesariamente tienen que haber efectuado el aporte. Cuando una parte compromete un aporte está creando jurídicamente una obligación, que para la sociedad será un derecho en crédito.

Por lo tanto, si se piensa la verdad es que el aporte ya se hizo, porque lo que la sociedad va a registrar en su patrimonio es un derecho, y va a poder exigir el cumplimiento de esa obligación comprometida por el socio.

- Hay una discusión interesante sobre todo respecto a las S.A., porque en estas hay una norma que dice que transcurridos 3 años sin que el capital haya sido plenamente pagado, se reduce de pleno derecho el capital. Pero ¿qué pasó con aquel accionista que comprometió su aporte pero nunca lo hizo? Si dice que se reduce de pleno derecho el capital, ¿puedo expulsar al accionista? Pero la norma no dice que se haya reducido el número de acciones, sino que se reduce el capital. Aquí algunos autores hacen una distinción importante: Si el capital ya fue suscrito o sea, el accionista ya compró esas acciones pero no las ha pagado, entonces lo que tiene la SA es un crédito, un derecho de exigir el pago de ese capital; distinto es si ese capital nunca fue suscrito ni pagado, pues ahí no hay una titularidad, no ha surgido el derecho de la sociedad a exigir el derecho respecto del accionista. Esa es una discusión que se da en las SA por la reducción de capital que contempla la ley respecto a aquellos accionistas que no hubieren concurrido a su pago.

El aporte lo que hace es permitir el inicio de las actividades de la sociedad. El **acto del aporte es muy importante porque va asociado al compromiso del riesgo**. La diferencia entre participar en una sociedad como acreedor versus participar como socio, es que el acreedor no asume el riesgo de participar, mientras que el socio sí lo asume, asume la ganancia y pérdida del aporte que está realizando. El acreedor sólo presta el dinero y luego ejecuta, y si no hay bienes suficientes, quizás no hizo bien las cosas, pero él no asume el riesgo de ganancia o pérdida de la sociedad.

Hay una sentencia de la C.A. de Valparaíso en relación a qué significa el aporte: *“El término algo, usado por el artículo 2053 del Código Civil al definir el contrato de sociedad o compañía, equivale significado de la palabra cosa y comprende toda clase de bienes”*. Aquí es bueno repasar el Art. 565 CC en cuanto a las cosas corporales e incorporales.

Baeza dice que *“Art. 2055 CC presenta una impropiedad, en cuanto exige el aporte para la constitución de la sociedad”*. Esa afirmación es válida porque no es necesario que el acto de aporte se realice en el momento de la constitución de la sociedad.

La **excepción es el Art. 493 C. Comercio** señala que las Sociedades en comandita requieren que se entregue al menos “un cuarto del capital” para constituirse.

¿Puede el aporte ser una obligación de no hacer? No, porque el aporte además tiene que ser susceptible de ser avaluado económicamente, por lo tanto debe tener un valor. No es viable pensar en un aporte que sea una omisión, un acto restrictivo<sup>2</sup>.

¿Qué cosas se pueden aportar? Art. 2055 CC, 376 C. Comercio. Pueden ser bienes corporales e incorporales,

especies, trabajos, servicios (Sandoval). Esta es la regla general, que es lo que admite el CC en las sociedades

colectivas civiles y mercantiles. Sin embargo, podemos encontrar reglas específicas respecto de cada uno de los tipos sociales:

- Existen aportes ilícitos, por ejemplo, el tráfico de influencias.
- Art. 377 C. Comercio
- Art. 13 LSA: Por su naturaleza (SA), por ser una sociedad de capital, no se admiten acciones de industria y organización. Es decir, no es posible que uno de los accionistas reciba participación en la S.A., cuyo aporte o contraprestación haya sido la realización de servicios o una industria.
- Art. 4º letra c) Ley 19.857 (EIRL): Sólo permite aportes en dinero o en especies. Por ejemplo, los socios mayoritarios no pueden aportar su capacidad de industria por su valoración crediticia.
- Art. 478 C. Comercio: Socios comanditarios no pueden aportar su capacidad, crédito o industria personal.

¿Se pueden aportar todos los bienes de una persona? NO (Art. 2056 CC). No es admisible una sociedad de carácter universal, es decir, que un socio comprometa todos los bienes existentes, los futuros o que su compromiso sea que cualquier cosa de la que sea titular será aportada a la Sociedad (comprometer universalmente todo el patrimonio). Los aportes tienen que ser reales.

¿Qué pasa con los aportes distintos al dinero? Tienen que ser avaluados o avaluables en dinero. Es muy importante la valoración que se les da porque eso determina cuál es la participación que va a tener el socio en virtud del aporte que realiza. Por lo tanto, no hay aporte si no puede ser susceptible de una valoración.

¿Cómo se realizan los aportes?

- **Aportes en especie:** Es importante que los aportes se realicen bajo sus formalidades legales, porque el aporte es un acto de enajenación, y en tanto tal, debe cumplir con los requisitos de existencia y validez. Además es importante porque lo que se pretende con el aporte es que la sociedad lo adquiera con el título que lo transfiere aquel que lo aporta, que puede ser propiedad, uso, usufructo.

Importancia de la distinción.

(1) Propiedad de la cosa: Esto es tan importante porque lo que se hace al momento del aporte es que ese bien sale del patrimonio del socio, y al salir, impide que los acreedores del socio puedan recurrir a esos bienes para satisfacer sus créditos. Ese bien ya no estará dentro de su derecho de prenda general para satisfacer su crédito, pero sí puede perseguir la participación que adquiera el socio en esa sociedad (porque esta participación ha entrado al patrimonio del socio).

(2) Riesgos: Las cosas perecen para su dueño, por tanto es importante determinar a quién pertenece la sociedad.

(3) Para determinar quién es el titular de la restitución del bien al momento de la disolución, de la liquidación de una Sociedad.

Hay una sentencia de la CS que dice que en las Sociedades de personas es tan importante quiénes son los

socios, que tampoco es posible que los acreedores concurren a realizar la participación que tiene el socio, porque lo importante es que los socios elijan quiénes son sus socios.

- **Aportes de trabajo o industria de un socio:** *“El aporte (también) puede estar constituido por el trabajo o actividad que el socio aportante efectúa o promete efectuar, en razón de su competencia técnica, profesional o comercial”* (Sandoval)

Tiene como requisitos el (1) ser de carácter sucesivo y (2) lícito. Para que se justifique que ese sea su aporte, los aportes tienen un carácter permanente en el tiempo. Ese aporte existe en la sociedad y de alguna forma va a contribuir al desarrollo de la sociedad.

Este aporte no está permitido en las S.A., en comandita por acciones, y en las EIRL.

¿Cuándo debe hacerse los aportes? Deben hacerse según el acuerdo del contrato. A falta de acuerdo se aplica la norma supletoria del Art. 378 C. Comercio.

¿Qué pasa si uno o más socios no entregan o demoran la entrega de su aporte? Art. 2083 y 2101 CC, 379 C. Comercio. Regulan los efectos del incumplimiento, que pueden ser:

- (1) La exclusión del socio moroso.
- (2) Ejecución sobre sus bienes y un procedimiento de apremio, porque el socio es el sujeto pasivo y la sociedad el sujeto activo, por tanto, se da la posibilidad de que la sociedad en tanto acreedor pueda ejecutar ese compromiso en los bienes y en el patrimonio del socio que incumplió.
- (3) Derecho de los otros socios a disolver la sociedad. (Art. 2101 CC)
- (4) Todo lo anterior sin perjuicio de una eventual indemnización de perjuicios a la sociedad (no a los socios).

Embargabilidad de los aportes sociales por los acreedores personales del socio: Aquí hay otra sentencia de la CA Santiago.

## **B. La búsqueda del beneficio.**

Otro elemento esencial de la sociedad es el beneficio. Lo dice el Art. 2053 CC *“en miras a repartir un beneficio”*.

¿Qué tipo de beneficio? Puede ser un beneficio indirecto, **no necesariamente dinero**, pero lo que se obtenga debe ser apreciable en dinero. La ley dice que *“no se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero”* (Art. 2055 CC). Es decir, ese beneficio no puede ser una satisfacción personal, por ejemplo. **Debe ser real y ser, al menos, apreciable en dinero.**

Hay **dos acepciones del concepto de beneficio:**

- **En sentido estricto:** Enriquecimiento efectivo, una ganancia positiva, el mayor valor en el patrimonio de los socios. Esto es muy real en las S.A. Se dice que los directores se deben al interés social, que no es sino la agregación de valor al patrimonio de sus accionistas. No es tan evidente en las Sociedades

- de personas que el beneficio sea un aumento de patrimonio, puede serlo de manera más indirecta.
- **En sentido amplio:** Toda ventaja material apreciable en dinero (ganancia positiva o economía de un gasto).

¿Qué acepción debemos entender que se aplica en el Derecho chileno?

- No son sociedades, en el sentido del art. 2053, las que tengan cualquier otro fin que no sea el dinero (Palma)
- Se admite la sociedad que persiga un beneficio directo para sus socios, como aquella que persiga un beneficio indirecto. Por ejemplo, conseguir una posición en el mercado (indirectamente puede ser valorizado económicamente).

### **C. Participación en beneficios y pérdidas.**

#### **(i) La participación en los beneficios como elemento esencial**

La participación de los socios en los beneficios sociales es un elemento de la esencia. No puede haber un socio que sea privado totalmente de su participación en los beneficios, pero no es un derecho absoluto, puede estar sometido a ciertas limitaciones en el tiempo y en la forma.

**Todo socio tiene derecho a participar de las utilidades, pero esa participación no es absoluta** y va a depender mucho del tipo social en que nos encontremos. No todos los tipos sociales tienen el mismo régimen de reparto de utilidades, ni de participación en los beneficios.

¿Cuándo se determina la existencia de beneficios?

El Art. 2070 inc. 2 CC dice “*Los negocios en que la sociedad sufre pérdida deberán compensarse con aquellos en que reporta beneficio, y las cuotas estipuladas recaerán sobre el resultado definitivo de las operaciones sociales.*” Uno puede pensar con este artículo que hay que esperar terminar el negocio para el que se constituyó la sociedad, para saber si gané o perdí dinero o un beneficio, tendría que esperar liquidar la sociedad.

Esto no es así, pues lo que hace realmente este artículo es fijar una época, que va a estar definida por la voluntad de los socios y de los accionistas. Obviamente que en una sociedad que se constituyó para un único negocio, que es finito en el tiempo, es lógico esperar para definir las ganancias y pérdidas que ese negocio termine. Pero esa no es la realidad de la mayoría de los negocios realizados a través de sociedades.

Lo propio es que los socios acuerden épocas en que van a revisar los resultados, y esos resultados serán los definitivos para esa época. Por eso es que típicamente se determinan balances anuales.

Una vez que se define ese periodo de tiempo y se revisan las utilidades, se va a definir también por los socios el reparto o no de esas utilidades. Por lo tanto, de ahí la importancia de los balances que registran cuáles son los efectos financieros de un negocio en una determinada época del año, y que se toman como resultados

definitivos de la sociedad.

¿Cómo se reparten los beneficios?

Según como se ha acordado por los socios, y si nada dicen, hay normas supletorias generales que regulan según sea la naturaleza de la sociedad.

¿Puedo pactar que un socio no reciba beneficio alguno? Hay sociedades, por ejemplo, las S.A., donde es posible emitir acciones preferentes, donde el régimen de participación en la sociedad es distinto de un accionista respecto de otro. Pero no es posible que esa acción prive totalmente a un accionista de su participación en la sociedad.

## **(2) La participación en las pérdidas**

Nuestra legislación habla muy poco acerca de esto. Hay un par de normas en el C. Comercio en que habla del socio industrial.

La pérdida es la disminución en el valor del patrimonio producto de los efectos que derivan del desarrollo del negocio de la sociedad. Financieramente se ve reflejado por un menor valor del patrimonio.

La participación del socio en esa pérdida está dada porque él reconoce en su propio patrimonio un menor valor, porque esa participación que él tenía en el patrimonio de la sociedad, también va a tener un menor valor. No significa que los socios tengan que concurrir con su patrimonio a cubrir las pérdidas, porque en las sociedades los socios cumplen en tanto hayan aportado, por lo que la pérdida está dada por esa razón.

¿Cuándo se determina la existencia de la pérdida? Es el mismo régimen que los beneficios.

¿Se puede pactar que un socio no soporte pérdida alguna? Lo propio de un socio como elemento esencial es participar en las ganancias y en las pérdidas.

El Art. 383 C. Comercio dice que un socio industrial puede participar, aunque no participe en las pérdidas. Esto no es una excepción a este principio, lo que pasa, es que el socio industrial no hace un aporte real en términos patrimoniales, por lo tanto, no es que no esté concurriendo a la pérdida, sino que él no ve disminuido su valor patrimonial. Podría tener algún beneficio asegurado, pero eso no significa que esté participando en las pérdidas porque lo que él aportó fue trabajo.

## **D. La “Affectio Societatis”**

*“Es la voluntad de los socios de colaborar a la empresa de una manera activa y sobre un pie de igualdad. Supone la presencia de dos o más asociados y su intención de trabajar en común aceptando lo aleatorio de la empresa” (Sandoval).*

Siempre se ha confundido con el consentimiento en todos y cada uno de los elementos de la sociedad, pero no es lo mismo.

La *affectio societatis* es un elemento de la esencia de la sociedad en tanto supone la voluntad de cooperar con los socios de manera que el negocio para el cual fue constituido tenga éxito. Es una percepción subjetiva porque pasa a ser el espíritu del socio.

**¿Puede haber una sociedad sin *affectio societatis*? Sí. Lo que pasa es que lleva necesariamente a la disolución de esa sociedad** porque no hay ánimo entre los socios de que el objeto de la sociedad se lleve a cabo con éxito.

En la sociedad, **los socios se encuentran en una situación de igualdad**, no hay una relación de subordinación entre ellos. De ahí que este elemento es tan importante, porque al ser igualitarios, debe concurrir este elemento de cooperación.

Utilidad de la *affectio societatis*:

- Permite distinguir entre el contrato de sociedad y otros contratos. Por ejemplo, entre el contrato de sociedad en que un socio aporta su trabajo, y el contrato de trabajo.
- Permite determinar quién tiene que contribuir a las deudas sociales.
- Problema de la quiebra consecuencial. El Art. 71 Ley de Quiebras admite la quiebra de la sociedad respecto de sus socios en aquellas en que los socios son solidariamente responsables de las obligaciones de la sociedad.

Seguimos en la revisión de las distintas entidades con las que nos encontramos en el derecho público y privado. En lo que sigue aterrizaremos en este último.

1. Ya en el derecho civil hemos visto algunas cuestiones relativas a las **COMUNIDADES**. Una comunidad supone el compartimiento del derecho de dominio entre distintas personas naturales (comuneros). Las comunidades claramente no constituyen persona jurídica distinta de los comuneros, de manera tal que, en la práctica, no nos encontramos ante una entidad que sea independiente desde el punto de vista de los riesgos y de la adquisición de derechos y obligaciones.

El ejemplo que ofrecíamos a este respecto decía relación con la *propiedad horizontal* y la *propiedad vertical*. En la propiedad horizontal se generan las regulaciones legales (*i.e.* ley de propiedad horizontal) y las regulaciones contractuales (*i.e.* reglamentos de copropiedad) que definen la existencia de bienes comunes al interior de la misma. Esos bienes son de propiedad de toda la comunidad, que a su vez recibe la carga de las deudas y el beneficio de los derechos que les asisten respecto de ellos. Estas comunidades reciben o reconocen derechos y obligaciones, pero éstos no son distintos de los derechos y obligaciones que tienen los comuneros. Esta es la diferencia clave que ha de notarse: la comunidad no es una persona jurídica.

Los comuneros son susceptibles de activos y pasivos, al igual que las comunidades. El punto es que cuando una comunidad tiene una obligación determinada, sus acreedores la hacen exigible no en el patrimonio de una comunidad (porque ella, al no ser distinta de las personas que la componen, no tiene un patrimonio independiente), sino que se hace efectiva en el patrimonio de los comuneros. Así, por ejemplo, la multa que recibe un edificio por parte de la superintendencia de electricidad y combustibles, es una que –en términos jurídicos– soporta la suma de todos los patrimonios de los comuneros. Cuestión aparte es cómo se distribuyen entre esos patrimonios, las respectivas obligaciones. Para los efectos de este curso es muy relevante entender que la cuestión de la existencia de la persona y de la independencia del patrimonio tiene que ver con los patrimonios que se benefician de un derecho determinado o bien son pasibles de una obligación determinada.

Visto así, la comunidad no es una entidad con patrimonio independiente.

2. **FONDOS MUTUOS y FONDOS DE INVERSIÓN.** Un fondo mutuo es, típicamente, una entidad que tiene su patrimonio “al lado de” otro fondo mutuo u otro fondo de inversión. Se llaman *fondos* porque no son personas jurídicas, pues si bien son patrimonios independientes (tener esto en claro es muy importante), lo son por el sólo ministerio de la ley. La ley tiene la facultad de crear patrimonios independientes aun cuando no se creen personas jurídicas independientes con ello.

La ley de fondos mutuos y la ley de fondos de inversión crean patrimonios independientes unos de otros, que tienen un administrador común. Esto quiere decir que, por el solo ministerio de la ley, se genera una ficción en virtud de la cual esta administradora (que *debería* ser la persona en la cual recaen los derechos y obligaciones respectivos) tiene cierto patrimonio y, en forma separada de éste, tiene fondos independientes entre sí e independientes respecto del patrimonio del administrador.

En la ley de mercado de valores, a propósito del capítulo de la securitización, encontramos algo muy similar a lo anterior: una sociedad anónima securitizadora tiene su propio patrimonio (“patrimonio común”) y, por disposición de la ley, se crean respecto de ella unos fondos que tienen el nombre de “patrimonio separado”.

El efecto que se produce con este aislamiento de cúmulos de activos y pasivos (fondos) es que los respectivos pasivos sólo pueden hacerse efectivos en el fondo que corresponda, sin posibilidad de acudir a otros fondos de la misma administradora.

Nada de esto nos debiese parecer extraño. Se trata de la regla general: siempre que la ley habla de derecho patrimonial, se establece que cada patrimonio es pasible de sus propias obligaciones y se beneficia de sus propios derechos. Por tanto, nadie puede perseguir los derechos que tiene sobre un patrimonio X respecto de otro patrimonio Y. Este concepto general se aterriza, emulándose, respecto de ciertas personas y entidades que tienen una connotación comercial.

En el derecho anglosajón encontramos entidades de las mismas características que ahora revisamos, con la diferencia de que para existir y configurarse no requieren de ley alguna. El esquema de administradoras, patrimonios comunes y patrimonios separados que hemos reproducido hasta aquí, lo encontramos en los así llamados *trusts*, que en Chile son lo que se conocen como *patrimonios fiduciarios*. Un patrimonio fiduciario es un patrimonio sometido a determinada regulación especial (distinta de la relativa al patrimonio no fiduciario o general que regulan las leyes), y a un encargo de confianza determinado, consistente en una gestión específica, vale decir, hacerse de ciertos activos y emitir ciertos pasivos.

Los acreedores de ese patrimonio fiduciario van a saber que los pasivos de los cuales ellos son acreedores se pagarán con determinados activos. Además, la existencia de un patrimonio fiduciario le dice al mundo entero que no depende de la voluntad del administrador los activos y pasivos que integren este patrimonio separado. Es claro, entonces, que el beneficiario del compromiso que se asume cuando se constituye un patrimonio fiduciario es, en primer lugar, el acreedor. Éste tiene la certeza de que contrata respecto de cierto patrimonio y de que éste sólo podrá correr la suerte que establezcan sus reglas (definidas por ley y una “escritura pública de emisión de títulos de deuda securitizado”, en el caso chileno; definidas por el contrato del *trust* respectivo, en el caso anglosajón). Estos patrimonios fiduciarios –al igual que en el caso de los fondos– son ficciones creadas por la ley, en tanto alteran la realidad del patrimonio en general.

Ante la pregunta por si los fondos mutuos y de inversión tienen personalidad jurídica hemos de responder, entonces, que sólo sus respectivas administradoras tienen tal constitución. Los fondos son patrimonios independientes entre sí y no tienen personalidad jurídica.

3. **COOPERATIVAS.** Son asociaciones de personas pertenecientes a un determinado sesgo, que cooperan entre sí (de ahí lo ilustrativo del nombre) para así entregar mayor valor y eficiencia a una actividad determinada (*vgr.* comercialización y transporte conjunto, condiciones conjuntas de venta al por mayor, etc.) en términos tales que cada una de estas personas, por separado, no podría alcanzar. Mucha de la leche que consumimos, por ejemplo, llega a nosotros mediante una estructura cooperativa compleja (Colún). Otro ejemplo: las cooperativas de vivienda, que eran un mecanismo mediante el cual el Estado se asociaba con juntas de vecinos para dar soluciones habitacionales, de manera que los interesados en estas soluciones estatales se juntaban –recibiendo un beneficio estatal– y administraban (conseguían mejores contratos, etc.) aquello que era objeto de la cooperativa.

Las cooperativas fueron un fenómeno muy relevante en Chile, y su regulación legal, antigua. A partir de los años 80 han caído en desuso. Sin embargo, hoy subsisten varias de estas entidades que tienen un valor económico relevante (*vgr.* la Coopeuch, que autorizada por ley, es una gran competidora de los bancos en el negocio del ahorro y del crédito).

Estas cooperativas son personas jurídicas independientes de sus cooperados.

4. Aterrizamos finalmente en el mundo de las ~~SOCIEDADES~~ **SOCIEDADES**. Una sociedad es un contrato<sup>1</sup> entre dos o más personas<sup>2</sup> que aportan, cada una de ellas, aquello que en su sumatoria constituye el capital de la misma. Los aportes son –en términos jurídicos– transferencias que se hacen desde un patrimonio individual a un patrimonio social. Pueden ser de distinta naturaleza:

- Tradicionalmente, dinero.
- Bienes corporales distintos del dinero.
- Bienes incorporeales avaluables en dinero (letras de cambio, depósitos a plazo, etc.)
- Bienes intangibles comerciables.
- Aporte industrial (trabajo).

La clasificación más importante de sociedades, que examinaremos más adelante, es aquella que distingue entre sociedades de capital (donde el aporte es sólo en dinero) y las sociedades de personas (donde se incorporan otros elementos susceptibles de aportarse).

Un último elemento a revisar en la definición que ahora nos ocupa es el negocio común del que la sociedad es objeto. Cuando dos o más personas se juntan societariamente, es para desarrollar un negocio determinado. Es un error afirmar que el contrato de sociedad no es bilateral: la contraprestación de los aportantes considera la posibilidad de retirar utilidades y su propio aporte.

Lo que surge del contrato de sociedad, y no del contrato de compraventa, es un patrimonio distinto del patrimonio propio de las personas que la constituyeron. Este nuevo patrimonio es dinámico: no nace y muere con las obligaciones y aportes que se entregaron originalmente, sino que puede ir modificándose en el tiempo. Lo distintivo del contrato de sociedad es que (i) crea una entidad independiente de los contratantes y (ii) esa entidad independiente se constituye, a su turno, en una persona que es capaz de contratar. Esta

persona tiene su propia voluntad, su propia capacidad, su propio dinamismo. Su patrimonio original nunca vuelve a ser el mismo.

Desde el punto de vista del contrato de sociedad, la relación acreedor-deudor se puede mirar bien entre los socios y o bien entre la sociedad que se crea y el mundo entero.

Un contrato de compraventa que adolece un vicio de nulidad termina por una declaración de nulidad que tiene como efecto retrotraer a las partes al estado previo a la contratación. Cuando una sociedad se declara nula, en cambio, este retrotraer no se presenta. La razón es obvia: hasta que la sociedad es declarada nula, ésta contrae múltiples obligaciones con muchísimos acreedores, y retrotraer al estado de cosas previo a la existencia de la sociedad respecto de ellos se hace imposible. De modo que, jurídicamente, la solución aquí es la inoponibilidad. Por lo tanto, la declaración de nulidad se resuelve liquidando la sociedad, teniendo como característica la irretroactividad.

Esta concepción del contrato de sociedad –en el sentido de ser un contrato dinámico– tiene una serie de impactos y efectos distintos de los contratos tradicionales. Es un mundo complejo, que requiere soluciones jurídicas distintas.

**4.1. SOCIEDADES CIVILES y SOCIEDADES COMERCIALES.** Ambas se diferencian, principalmente, en cuanto a la forma en que son liquidadas. Si la sociedad tiene giro civil, las reglas de solución concursal aplicables son las de posesión de bienes; si la sociedad tiene giro comercial, las reglas son las de la quiebra.

Para determinar si una sociedad es civil o es comercial, miramos su giro, pues éste determina su actividad. Un comerciante, sabemos, ejerce la actividad mercantil de forma habitual y profesional. A una sociedad comercial se le pide satisfacer tales requisitos.

El giro societario tiene una dimensión formal (lo que es plasmado en la escritura) y una de hecho (lo que efectivamente se ejerce en la vida real). Entonces tendremos que discriminar entre lo que la sociedad dijo que iba a hacer y lo que ella hace en la realidad, y tendremos distintos criterios para realizar tal distinción. En nuestra jurisprudencia se sigue debatiendo cuál de estas dos dimensiones prima a la hora de determinar el carácter civil o comercial de una sociedad. Tradicionalmente ha primado el giro formal, y en los últimos años ha ganado cada vez más reconocimiento el giro de hecho.

**4.2. SOCIEDADES SOLEMNES y SOCIEDADES CONSENSUALES.** Las sociedades se constituyen por un acto o contrato que puede ser solemne o consensual. La regla general, casi absoluta en Chile, es que las sociedades sean solemnes. La solemnidad varía de contrato en contrato (la mayoría requiere escritura pública). La sociedad consensual que en Chile conocemos es la sociedad colectiva civil, que se constituye por el solo hecho del acuerdo de voluntades de sus socios (otra cosa es que el SII, para efectos de asignar RUT a tal sociedad, le pida una constancia escrita de su existencia).

**4.3. SOCIEDADES DE PERSONAS y SOCIEDADES DE CAPITAL.** Las sociedades de capital son aquellas en donde lo que importa es el aporte de las personas, mientras que en las sociedades de personas se contrata por consideración a la persona del socio (*i.e.* es un contrato *intuitu personae*, lo que tiene el efecto tradicional de no ser cedible salvo que el acreedor lo consienta y, desde el punto de vista de los vicios del consentimiento, el error en la persona anula el contrato). En materia de cesibilidad la distinción que ahora nos ocupa presenta un fuerte contraste: como en las sociedades de capital la persona importa poco (lo que implica que los socios originales pueden ir cambiando sin que ello altere el pacto inicial), éstas típicamente representan su capital en títulos de fácil cesibilidad (así sucede, por ejemplo, en la sociedad anónima o por acciones); en las sociedades de personas, en cambio, la cesibilidad sólo es posible en la medida en que se cuente con el consentimiento de la contraparte cedida.

Las sociedades anónimas y las sociedades por acciones serán vistas por este curso durante el próximo semestre. Lo que veremos en las próximas clases serán las sociedades colectivas, las sociedades en comandita y las sociedades de responsabilidad limitada.

**COMPETENCIA DESLEAL.** Se trata de un ámbito de regulación legal que busca que todos los competidores participen en el mercado ocupando los mismos medios, sin que ninguna de sus herramientas sea ilícita o contraria a las buenas prácticas comerciales.

No debe confundirse con la regulación relativa a la libre competencia: mientras ésta atiende al orden público, aquélla atiende a la perspectiva del derecho privado, buscando proteger a los competidores individualmente considerados. La libre competencia, además, se relaciona con tribunales y procedimientos especiales, y entre sus sanciones considera actos como multas, disolución de sociedades, entre otros. La competencia desleal, en cambio, y por seguir la lógica del derecho civil, se relaciona con tribunales ordinarios, su tramitación es sumaria y las sanciones aplicables son mucho menos rigurosas (*vid. infra*)

Los sujetos protegidos por esta materia son aquellos agentes de mercado de un mismo nivel en la cadena de intermediación, que a su vez sean competidores. Los competidores pueden ser, aunque estos casos son muy raros, consumidores, de manera tal que pueden existir actos de competencia desleal entre estos.

La ley que se ocupa de la competencia desleal es la ley 20.169 (del año 2007), que en su artículo 1º dispone: «esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal». Este artículo es problemático en tanto: (i) no permite diferenciar con claridad el ámbito de la libre competencia del ámbito de la competencia desleal y (ii) al sostener que la ley tiene por objeto proteger a los consumidores anuncia una sobreregulación de esta área pues, considerando mecanismos legales que existen con anterioridad a esta ley, los consumidores ya se encuentran protegidos.

La competencia desleal tiene como bien jurídico protegido la buena fe entre los competidores de un mercado, pues en la medida en que ésta se proteja, la asignación de los bienes será más eficiente. Nótese que lo que aquí preocupa es la competencia desleal, y no la mera competencia:

*Artículo 3º.- En general, es acto de competencia desleal toda (i) conducta (ii) contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, (iii) por medios ilegítimos, (iv) persiga desviar clientela de un agente del mercado.*

De los cuatro elementos de esta definición, en particular notemos lo problemático que resulta en ella el tercer elemento: ¿por qué es necesario que la conducta contraria a la buena fe sea, además, una que se materialice en medios ilegítimos? La cuestión se resuelve si entendemos la expresión “medios ilegítimos” de la misma manera en que la entenderíamos en el derecho civil y de acuerdo con el art. 19 n°21 de la Constitución (libertad económica).

Garrigues nota, apoyándose en el cuarto elemento de la definición recién expuesta, que el bien jurídico protegido de esta regulación no es tanto la buena fe como lo es la clientela de la empresa como elemento de valor económico decisivo.

El artículo 4º de esta ley enumera, sin ser taxativo, algunos actos de competencia que se consideran particularmente desleales. Entre ellos se encuentran:

- a. Aprovecharse indebidamente de la reputación ajena. Se trata de un *acto de confusión*.
- b. Informar incorrecta o falsamente sobre las ventajas proporcionadas por los bienes y servicios ofrecidos, propios o ajenos. Es un *acto de engaño*.

- c. Desacreditar incorrecta o falsamente a un tercero (o a los servicios o bienes que ofrece, a sus relaciones comerciales, etc.). Es un *acto de denigración*.
- d. Manifestaciones agraviantes sobre alguna circunstancia personal del tercero afectado, sin que ella tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado. También es un *acto de denigración*, pero más grave que el anterior. Nótese que aquí no es necesario probar la falsedad de las aseveraciones del competidor desleal.
- e. Comparar los productos del competidor con los propios sin fundar tal comparación en antecedentes veraces y demostrables. Se trata de *actos de publicidad comparativa prohibidos*, que constituyen la excepción a la regla general (vale decir, la publicidad comparativa es en general lícita).
- f. *Inducción al incumplimiento de los contratos* que los terceros puedan tener con el competidor afectado.
- g. Ejercer acciones judiciales manifiestamente abusivas con la finalidad de entorpecer la operación de una gente de mercado, etc. *Abuso de acciones judiciales*.

En su artículo 5º, esta ley concede cuatro acciones que pueden ejercerse conjunta o separadamente ante actos de competencia desleal<sup>1</sup>:

- a. Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si aún no se ha puesto en práctica.
- b. Acción declarativa de acto de competencia desleal, si la perturbación creada por el mismo subsiste. No tendría sentido ejercer únicamente esta acción. Además, las demás acciones suponen que en primer lugar el acto de competencia ha sido declarado desleal.
- c. Acción de remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la publicación de la sentencia condenatoria o de una rectificación a costa del autor del ilícito u otro medio idóneo.
- d. Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados por el acto, sujeta a las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil.

Según el artículo 6º, la titularidad de estas acciones la tienen cualesquiera que resulten directa y personalmente amenazados o perjudicados en sus intereses por el acto de competencia desleal. Este mismo artículo sostiene que también tienen esta titularidad las asociaciones gremiales que tengan por función efectiva la defensa de los intereses de agentes del mercado (*vgr.* Sernac, asociaciones de consumidores), sin necesidad de que acrediten tener un interés legítimo o perjuicio directo.

El tribunal competente para conocer de estas acciones es el juzgado de letras en lo civil del domicilio del demandado o del actor, en procedimiento sumario. Las acciones a., b. y c. prescriben en 1 año, mientras que la acción de indemnización (d.) prescribe en 4 años.

---

<sup>1</sup> La ley de competencia desleal, la ley de propiedad intelectual y la ley de derecho al consumidor (entre otras

regulaciones) generan una superposición asistémica de acciones y una sobrerregulación respecto de estas mismas materias.

## Sociedades colectivas mercantiles

En Chile existen varios tipos de sociedades, que se clasifican en sociedades de personas y sociedades de capital.

La sociedad colectiva mercantil es, por excelencia, una sociedad de personas, lo que significa que lo relevante en el contrato de sociedades es la figura de los socios colectivos, este contrato será por tanto, intuitu persona, lo que tiene consecuencias relevantes en, por ejemplo, la cesibilidad de los derechos sociales.

En las sociedades de capital, lo relevante es el capital adscrito a un giro social y en estas, la figura del accionista no es tan relevante y este puede entrar o salir sin que la sociedad se vea afectada.

Las sociedades colectivas son las que el Código Civil reguló como las sociedades por excelencia (la evolución de las sociedades de capitales se dio más tardíamente). A partir de la dictación de la ley N° 3.918, cayeron francamente en desuso en Chile, que en la década del '20 introdujo la limitación de responsabilidad limitada.

Las sociedades de responsabilidad ilimitada recogen de manera supletoria muchas reglas de las sociedades colectivas.

La *afectio societatis* es sumamente relevante en las sociedades colectivas.

El Código Civil establece una regla de defecto; toda sociedad colectiva que tenga como objeto una actividad comercial, será de tipo mercantil y todas las demás serán civiles. Si la sociedad realiza actos tanto de giro civil como mercantil ¿cómo clasificarla? Haciendo una aplicación extensiva de la regla del Código Civil, este tipo de sociedades serán mercantiles.

La sociedad colectiva en Chile está definida en el artículo 2061 CC, que da una muy mala definición porque se enfoca generalmente en la forma de administración de esta sociedad y la verdad es que en la sociedad colectiva la forma de administración es la que puedan darse los socios en los estatutos o en el acto de constitución de la sociedad colectiva.

La doctrina nos ha dado una mejor definición: es una sociedad de personas en que los socios pueden darse la administración que convengan y que responden ilimitadamente en las obligaciones de la sociedad.

Dictado el Código de Comercio se estableció la figura de la sociedad colectiva mercantil (artículos 349 a 423), sin perjuicio que existe exhaustiva regulación en el CCom, se aplican supletoriamente las reglas del CC, en virtud del artículo 2° CCom.

| Sociedad colectiva civil                                                                                     | Sociedad colectiva |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|
| <b>En materia de cesión de derechos sociales, supone la concurrencia de la voluntad de todos los socios.</b> |                    |

Es consensual, la ley no impone formalidades para su constitución, sin embargo, hay una regla (art. 1709 CC) en materia probatoria que podría hacer necesaria el acta de constitución. También es necesario escriturar el acto de constitución cuando en este se aporte un bien inmueble o se otorgue el usufructo de este.

Actos de constitución son contratos solemnes y debe constar por escrito, un extracto de la escritura de constitución debe ser inscrito en el Registro de Comercio dentro de un tiempo determinado (una de las obligaciones de los comerciantes).

Artículos 350 a 358 CCom. reglas del acta de constitución.

**Responsabilidad ilimitada** simplemente conjunta y a prorrata<sup>1</sup> de la participación o del interés social. Esto se ve complicado por el carácter consensual de la sociedad civil; Puelma ha dicho que el tema de la responsabilidad social es una cuestión del hecho y que el elemento determinante para calcular la prorrata es la participación que tengan los socios en los beneficios<sup>2</sup>.

Además las responsabilidades subsidiarias de la sociedad y en esto hay discusión subsidiaria, la posición de la cátedra es que los socios responden subsidiariamente de las obligaciones de la sociedad y por tanto, cuentan con una especie de beneficio de exclusión.

Puelma tiene otra posición; plantea que el deudor colectivo civil no tiene este beneficio de exclusión.

La solidaridad no se presume.

En materia de insolvencia o quiebra del deudor socio colectivo civil, la cuota del socio insolvente va a grabar al resto de los socios, a prorrata.

**Responsabilidad ilimitada solidaria.** Esta es una regla de orden público y por tanto, no disponible por parte de los socios.

Para que se cumpla esta regla, **se requiere** que al momento de contraer la obligación los socios tengan efectivamente, la calidad de tales en la sociedad y aquí podemos distinguir 3 situaciones fácticas que nos permiten determinar esto: En los casos de disolución, durante el proceso de liquidación en que subsiste la personalidad jurídica pero solo para efecto de los actos tendientes al proceso de liquidación, los socios no siguen siendo solidariamente responsables.

En los casos de **transformación**<sup>3</sup> de sociedades colectivas mercantiles, la responsabilidad se termina con el acto de transformación de sociedad.

En caso de la muerte de los socios, si la deuda fue contraída antes de la muerte del socio, la solidaridad no se transmite.

Ante la **muerte de un socio**, la sociedad tiene dos posibilidades, según lo que conste en sus estatutos: disolverse, en cuyo caso la responsabilidad se extingue y si la sociedad continúa, los herederos se transformarán en socios solidariamente responsables.

El segundo requisito es que la obligación haya sido válidamente contraída al nombre de la sociedad. Los socios colectivos representan a algo que equivale al directorio de la sociedad

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | <p>anónima, quienes se encargan de la administración. Cuando la ley establece que la solidaridad no se extenderá a aquellos contratos que no hayan sido suscritos válidamente, esto ocurre por ejemplo, cuando <del>los administradores exceden sus facultades</del></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <p><b>Su razón social está orientada a actividades</b> Su <b>razón social</b> está regulada en el CCom. La <b>civiles, al ser de una constitución</b> sociedad colectiva mercantil termina con la <b>consensual, no hay regulación a su</b> frase “y compañía” o “y cia.”.</p> <p><b>respecto. A pesar de que no hay norma</b> Hay 3 reglas relevantes: La primera es que es <b>escrita, puede asumirse que en la vida del</b> un contrato relativo a la persona y la <b>razón</b> <b>Derecho deben actuar con un nombre</b> social tiene íntima relación con el régimen de</p> | <p>responsabilidad: quien está incorporado en la razón social, frente al tercero que actúa, se le cobrará a este (razón histórica).</p> <p>Por ello el CCom ha recogido una regla histórica de que el socio muerto o retirado, debe ser eliminado de la razón social, la sanción ante el incumplimiento es que aquel que tolere la inclusión de su nombre quedará sometido al régimen de responsabilidad de los socios colectivos comerciales<sup>4</sup>.</p> <p>Precisamente porque la razón social es relevante para terceros, es que el artículo 367 CCom estableció un tipo penal de la utilización de la razón social luego de la <del>sociedad, sin embargo, no asoció una pena</del></p> |
| <p><b>Disolución, artículo 2114 CC, a</b> diferencia de todo el resto de las sociedades chilenas, no conserva su personalidad jurídica durante la etapa de la liquidación.</p> <p><b>Las reglas de disolución suponen que</b> la partición de los derechos sociales se hace atendiendo a las reglas de la partición en materia de sucesión, esto significa que requiere forzosamente la <del>participación de un árbitro de derecho</del></p>                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |

El CCom establece una regla general que es la prescripción de 4 años para las acciones que los socios pueden tener entre sí y respecto de la sociedad. El efecto de las acciones que podrían tener los terceros contra los socios o la sociedad, el CCom distingue:

---

<sup>4</sup> Un tema interesante es que no hay un correlato entre el nombre del establecimiento o marca y la razón social, por tanto, es difícil construir marketing en las sociedades colectivas mercantiles.

- Acciones contra los liquidadores de la sociedad, se aplican las reglas generales de prescripción.
- Acciones contra socios no liquidadores, el plazo es de 4 años. Esta regla especial no aplica a sociedades colectivas civiles, pues en esta aplican las reglas generales de prescripción.

## **Sociedad de responsabilidad limitada, aspectos generales**

En Chile, estas sociedades se han vuelto el tipo social más usado por dos razones:

- Menor cantidad de requisitos en comparación con las sociedades anónimas.
- Ofrece las mismas ventajas de las sociedades anónimas frente a una sociedad colectiva, que es la limitación de responsabilidad.

Reguladas en la ley 3.198, que es bastante corta y no contiene una definición de lo que son las sociedades de responsabilidad limitada. Pero la doctrina ha entregado algunas definiciones; Puga la define como una sociedad solemne, de personas, con personalidad jurídica propia, sin fiscalización especial, con libertades de administración y con limitación de responsabilidad.

Algunas cosas que hay que tener en cuenta:

La sociedad de responsabilidad limitada es solemne, como la mayoría de las sociedades chilenas y por mandato legal expreso, la escritura de constitución debe cumplir ciertos requisitos.

En algunos países existen figuras similares pero que son, por sobre todo, una sociedad de capitales aunque no llega a ser una sociedad anónima porque no permite una libre cesibilidad de los derechos sociales.

Que no tenga fiscalización especial se refiere a que no necesita mayores auditorías, salvo que los socios pacten alguna.

La libertad de administración está sacada de las sociedades colectivas. La ley establece un sistema supletorio, que es la administración por parte de todos los socios pero la verdad es que los socios son libres de pactar cualquier sistema que ellos quieran.

El aspecto más importante es la limitación de responsabilidad. Este es un elemento bastante innovador, de hecho, la ley chilena fue la primera en adoptar este tipo de sociedades.

Los indicios más antiguos de lo que se podría llamar una sociedad de responsabilidad limitada se encuentra en el ordenamiento alemán, la que es una sociedad de capital con ciertas limitaciones para los socios en la cesibilidad de sus derechos sociales.

La ley 3.198 tiene sólo 5 artículos y se buscaba basarse en el sistema de las sociedades colectivas, de hecho se mencionan una serie de artículos de las sociedades colectivas mercantiles, que deben ser seguidos en estas sociedades.

Estas sociedades, al igual que las sociedades colectivas mercantiles, la participación de los socios se refleja a través de los derechos sociales (a diferencia de las sociedades de capitales, en que lo que representa los derechos del socios sobre la sociedad son sus títulos valores, las acciones).

Estos derechos sociales cuentan en los estatutos sociales, para poder salir o entrar a una sociedad, se requiere modificar su escritura, para ello se debe contar con la acreencia de todos los socios.

### **Limitación de responsabilidad:**

En general, las sociedades al adquirir una personalidad distinta de los socios, lo lógico sería que no existiera una transmisión de la responsabilidad, por llamarlo de alguna manera.

En Chile, las sociedades colectivas, tanto las civiles como las mercantiles, la ley mandataba expresamente la extensión de la responsabilidad para los socios (art. 357 inciso 2º CCom, para las mercantiles).

En este caso la ley realiza todo lo contrario y no establece una regla de solidaridad y además, que la responsabilidad se limita al monto de los aportes de cada socio, lo que consta en los artículo 2º inciso 1º y artículo 4º.

El artículo 2º en su inciso 2º afirma que la sociedad, entre las menciones que debe tener en su escritura debe constar *“la declaración de que la responsabilidad personal de los socios queda limitada al monto de los aportes o a la suma que a más de esto se indique”*.

La última parte de este requisito, “a la suma que a más de esto se indique”, según Puga se refiere a que los socios podrían pactar de manera unilateral un umbral de responsabilidad mayor al monto de los aportes. La utilidad práctica de esta disposición es bastante poca, atendiendo a la finalidad de constituir una sociedad de responsabilidad limitada.

Legislación aplicable: En este caso pasa lo mismo que en las sociedades colectivas, es decir, hay una distinción entre si son de tipo mercantil o civil. Si la SRL tiene giro de carácter mercantil va a entenderse regulada por las disposiciones de la ley 3918 y además, por el CCom, si es de giro civil, aplicará la ley y el CC.

La ley 3198 regula bastante poco e incluye muchas referencias entre ellas al artículo 2104 CC. Lo normal es que las sociedades colectivas se disuelvan a la muerte de uno de los socios, en el caso de las SRL la norma es a la inversa, por referencia al 2104 del CC, a la muerte de un socio lo normal es que la sociedad continúe con los herederos de este.

**Constitución de la sociedad:** Se realiza por escritura pública, debe incluir la limitación de responsabilidad, de no hacerlo, los socios serán conjuntamente responsables o solidariamente, según corresponda. Los contenidos mínimos, según la ley son 12 puntos distintos:

**1) Nombres, apellidos y domicilios de los socios.** Puga realiza la distinción entre el socio de la sociedad del compareciente, este último debe cumplir ciertos requisitos especiales comprendidos en el COT para las escrituras públicas. Respecto de los socios basta el nombre, apellido y domicilio.

**2) La razón o el tipo social:** En este caso la mención de “limitada” o “Ltda.” es indispensable, porque si se omite, los socios responderán de manera ilimitada.

**3) Modelo de administración, designación de administradores y apoderados.**

---

**4) Capital que introducen los socios:** Al igual que en las sociedades colectivas, el aporte del capital puede ser de distintas formas; lo más normal es que se realice en dinero, pero ello no obsta a que pueda aportarse en bienes o en trabajo (socio industrial).

En el caso que el aporte sea en bienes, debe incluir su avaluación o los medios para realizar tal avaluación (el CCom habla del “justiprecio”).

En el aporte del trabajo el panorama se vuelve más problemático, en especial en lo que es la repartición de utilidades, ya que si no consta de manera fehaciente en la escritura una forma de repartir el capital, generalmente se hace a prorrata de sus aportes. Ahora bien, la ley consciente de este problema, estipula que en esos casos los socios industriales recibirán dividendos iguales al aporte más módico.

**5) Negociacioness sobre las que debe versar el giro:** El giro en sí son los actos que puede realizar la sociedad, el rubro al que se dedicará.

**6) Reparto de los beneficios que recibirá cada socio:** Regulado en el artículo 452 CCom. También se debe indicar la porción de las pérdidas que cada socio debe soportar.

**7) Época que la sociedad debe principiar y disolverse:** La ley exige que se anoten expresamente estas épocas. Puga sostiene que no es necesario que se realice tal mención y que la ley supliría la falta de esta, dejando la sociedad como ilimitada y la fecha de inicio sería la fecha de constitución. Ahora, en caso que falte esta mención, la sociedad es nula.

El problema con esto, es que muchas veces puede resultar que una sociedad que no incluya esta mención, pueden haber problemas para acceder a un crédito, por lo que se recomienda incluirla.

La manera que se usa en la actualidad es pactar una fecha concreta, sin perjuicio de lo cual se renovará automáticamente por períodos iguales y de manera indefinida, salvo que los socios pacten lo contrario.

**8) Cantidad que puede tomar cada socio en sus gastos particulares:** Hablamos de una cuenta en particular que es designar un monto al que pueden recurrir los socios para sus gastos personales, sin tener que irse directamente a las utilidades de la sociedad. Esta cláusula no tiene mayor relevancia, la ley suple en caso de no ser estipulada.

**9) División o liquidación de la sociedad:** Las sociedades colectivas, y por referencia legal, las SRL, tienen dos modos distintos de terminar su existencia legal.

En el caso de las sociedades colectivas civiles, la partición se realiza por un árbitro de derecho, según las reglas de sucesión. En el caso de las sociedades mercantiles, está la liquidación, este es un proceso especial en que la sociedad no pierde su personalidad jurídica y la sociedad cambia de giro para liquidarse, pagando a sus acreedores y lo que sobre se reparte entre los socios. Generalmente se designa un socio liquidador.

La ley permite que cualquier método de disolución distinto pueda ser pactado por los socios.

---

**10) Requisito del numeral décimo del art. 352:** Se debe dejar constancia de una eventual cláusula arbitral.

Esta no es una mención obligatoria, Patricio Aylwin señala que esta cláusula se refiere a conflictos entre socios, entre socios y la sociedad o entre socios y los administradores

## **11) ) El domicilio de la sociedad**

**12) Otros pactos que puedan realizar los socios:** La única limitación es que deben tener relación con la sociedad. Existen ciertas limitaciones para las mujeres casadas en sociedad conyugal, por lo que una mención accidental puede ser la declaración de soltería.

Las **minutas** que den origen a la escritura pública y a la sociedad, deben ser firmadas por abogados. No hay sanción específica ante su incumplimiento.

La SRL necesita 4 cosas: (i) la primera es la **constitución**, de esta (ii) se debe preparar un **extracto** firmado ante el mismo notario que haya oficiado el acto de constitución. (iii) Este extracto **se inscribe en el Registro de Comercio** y se (iv) **publica en el Diario Oficial**.

Lo normal es que la publicación en el DO se protocolice ante notario y la protocolización sea lo que uno guarde.

El extracto en sí debe contener ciertas menciones, usualmente tomadas casi textuales de la escritura de constitución. Estas menciones serían:

- Nombres de los socios
- Razón social
- Nombres socios encargados de la administración.
- Capital
- Negociaciones del giro
- Época en que la sociedad principia o se disuelve,

Según Puga, si una de estas menciones no son necesarias para la escritura, tampoco lo serán para el extracto.

El plazo para inscribir este extracto es de 60 días corridos para elaborar el extracto, inscribirlo y publicarlo. La importancia de este plazo, es que rige para todos los efectos de la ley de saneamiento de nulidades.

Si se supera ese plazo, la sociedad se anula.

Las **modificaciones** deben seguir el mismo camino de la constitución. Los requisitos para la modificación es que se incluyan las cláusulas que se van a modificar y la razón de la sociedad.

**Nombre:** Según la ley, hay 3 formas para denominar la sociedad:

1) Nombre de uno o más socios.

2) Referencia al giro u objeto social.

3) Mezclar las dos anteriores.

Si se utiliza cualquier otra forma, sería un caso de nulidad absoluta de la sociedad.

Este nombre debe ser acompañado por la mención “limitada”, de lo contrario, los socios responderán ilimitadamente.

Originalmente se decía que sólo podía ser “limitada” pero desde la Ley de saneamiento de vicios, vale también la mención “Ltda.”

Un problema que se puede dar en cuanto al nombre es que la ley para los casos de la SRL, no contiene ninguna norma expresa que prohíba que dos sociedades puedan tener el mismo nombre. Sin embargo, hay dos limitaciones: (i) Una en la ley de propiedad industrial, la que dispone que si el nombre de la sociedad es registrado como marca, ninguna otra sociedad podría ocuparlo. (ii) Otra limitación se encontraría en la prohibición de la competencia desleal.

\*La ley de SA prohibió derechamente el uso de una razón social ya existente.

Si una sociedad utiliza el nombre de una persona sin su autorización, hay una sanción *sui generis*, el tercero que tolere la inclusión de su nombre en la sociedad, será solidariamente obligado a las deudas de estas.

**Domicilio:** La obligación de inscripción en el respectivo registro corre por el domicilio de la sociedad. Esto no quiere decir que la sociedad deba inscribir una dirección específica, pues ello puede generar problemas porque la sociedad debería cambiar su escritura cada vez que cambie de domicilio, en la práctica simplemente se coloca la ciudad.

La ley suple esta mención, en caso que la escritura social nada diga la ley contempla como domicilio el lugar de constitución de la sociedad.

**Giro:** En sí, es el rubro o los actos que ejercerá la sociedad de manera ordinaria. Puga sostiene que el giro efectivo de la sociedad lo constituye la actividad o negocios que, de hecho, la sociedad efectúa.

Podemos clasificar de dos formas distintas el giro:

(i) ) Giro efectivo: Actividades o negocios que, en la práctica, la sociedad lleva a cabo.

(ii) Giro estatutario: Actividades o negocios expresados en los estatutos de la sociedad.

La importancia de la distinción sirve para determinar el carácter mercantil o civil de la sociedad. Para estos efectos se considera el giro efectivo para así evitar el fraude a la ley (posición de la cátedra).

Otra distinción se hace entre:

---

(i) ) Giro ordinario: Todos aquellos actos que ejecuta la sociedad y que estén contenidos en el estatuto.

(ii) Giro extraordinario: Todos aquellos actos que estén fuera del estatuto social, pero que la sociedad realice de todas formas.

Lo más típico es que en la escritura de sociedad se coloque todo lo que es el giro propiamente tal, también que se coloquen todos los actos que a pesar de no ser propiamente del giro, son útiles a su ejecución y finalmente, como cláusula “comodín” se consideran todos los demás negocios que los socios acuerden.

Puga adscribe una serie de **aspectos relevantes al giro**:

- Determinar si la sociedad es civil o mercantil.
- Facultades de los administradores. Lo normal es que se incluyan en la escritura de la sociedad, si nada se dice, se entenderá que los administradores pueden realizar todas las cláusulas del giro y nada más.
- Obligaciones de no competir.
- Determinar posibilidades de objeto ilícito (acarrearía la nulidad absoluta de la sociedad).
- Relevancia en materia tributaria: Hay ciertos giros sociales que tienen ciertas reglas especiales, por ejemplo la aplicación de una renta presunta que exime de llevar una contabilidad, como el giro agrícola, ciertos tipos de arriendos y lo que es transporte y minería.

Por otro lado, se paga IVA solo por la venta de productos asociados al giro de la sociedad.

Existe un artículo en la ley de la renta que establece ciertos ingresos que no serán considerados renta para calcular los impuestos a pagar.

- Quiebras: En general, todas aquellas personas que desarrollen actividades industriales, agrícolas, mineras o comerciales, pasan a ser lo que se entiende como deudores calificados, que tienen ciertas obligaciones un poco mayores, como determinar su propia quiebra, además se puede solicitar su quiebra por causales más estrictas (basta el no pago de una sola obligación) y si no se declara la propia quiebra, estamos ante casos de delitos penales (Ley de la renta, artículo 43).

### **Sociedad de responsabilidad limitada, segunda parte.**

**Calidad de socio:** En una SRL, una persona natural o jurídica, puede llegar a tener la calidad de socio por dos vías (tesis de Puga):

**1) voluntaria:** Hay dos formas, una por el acto de constitución (socios fundadores) o mediante una modificación, cuyas formalidades son las mismas que las que rigen para el acto de constitución. Aquí está la diferencia entre las SRL en Chile y lo que ocurre en derecho comparado, donde las SRL son sociedades de capital y no de personas, por tanto los derechos sociales están constituidos por un título valor que puede ser transferido sin la necesidad del acuerdo de todos los socios ni de una modificación del acta de constitución.

**2) involuntaria:** El primer caso es por la muerte de uno de los socios (persona natural) que no es causal de disolución de la sociedad y esta continúa con los herederos del socio fallecido, estos deben designar

---

un administrador común de sus derechos dentro de la sociedad.

Una segunda línea tiene que ver con la partición o liquidación de derechos sociales que se han tenido en comunidad. Imaginemos una sociedad conyugal en que dentro de los bienes de la comunidad, figuran derechos sociales de una SRL, producida la liquidación de la sociedad conyugal y adjudicados los derechos sociales a uno de los cónyuges, la pregunta es ¿se produce de pleno derecho la incorporación de ese nuevo socio a la SRL, tomando en cuenta la naturaleza de esta? ¿Están obligados los socios a aceptar a ese adjudicatario de la partición como nuevo socio? La SRL es una sociedad de personas, por lo tanto, salvo el caso de la muerte del socio que se encuentra regulado en la ley y en la mayoría de los casos en los estatutos, el resto de los socios no está obligado a aceptar como socio a quien se adjudicó, producto de la partición de una comunidad, los derechos sociales.

El último caso se da en la transformación, fusión y división de un socio persona jurídica. Hay que distinguir el caso a caso:

- **Casos de transformación:** Esta supone el cambio del tipo social, sin modificación de la personalidad jurídica. No tendremos nuevos socios, sino que uno de ellos pasa a tener un nuevo tipo social.
- **Casos de fusión:** Supone, por regla general, la creación de una entidad jurídica nueva. Los socios de una SRL no están obligados a aceptar un nuevo socio, si se adjudica el activo de una sociedad fusionada a una SRL, los socios de esta no están obligados a aceptar a los socios de esta sociedad distinta.
- **Casos de división:** Consiste en la división del patrimonio de la sociedad persistiendo la sociedad original y creándose una nueva sociedad producto de la división. Si esta nueva sociedad resulta adjudicataria de derechos sociales de una SRL, entonces esa nueva sociedad supondrá el ingreso de un nuevo socio en la sociedad original<sup>1</sup>.

Otro aspecto relevante de la SRL es el CAPITAL SOCIAL. Este en el balance (fila de los pasivos).

La cuenta principal<sup>2</sup> del patrimonio es el capital, el cual es un pasivo ya que es algo que la sociedad le debe a los socios.

La diferencia entre el pasivo propiamente tal y el patrimonio, es que el primero es deuda exigible y el patrimonio social no lo es, básicamente los derechos sociales y el aporte en una sociedad son, en Chile, no rescatable. Esto significa que ningún socio puede comparecer ante la sociedad a exigir a la sociedad el capital que se incorpora a la sociedad.

El capital que los socios incorporan a la sociedad, solo se restituye en casos muy especiales, como la liquidación y disolución de la sociedad, en caso que sobre dinero tras pagar a los acreedores de la sociedad.

\*El capital social no es lo mismo que el patrimonio, es solo una de las cuentas de este último, como las utilidades en ejercicio, utilidades acumuladas.

---

<sup>1</sup>

El capital estatutario es un concepto estático que no servirá para cuando el día de mañana alguien quiera hacer negocios con la sociedad, por ello es necesario el balance, que sí es un concepto dinámico que permite hacerse una idea acabada de la situación financiera de la sociedad.

El capital efectivo o patrimonio neto es el concepto dinámico.

La ausencia de mención del capital en los estatutos y en el extracto, constituye la nulidad absoluta de la constitución o modificación, lo que significa que es una mención esencial. Con todo, es saneable por las partes en virtud de la Ley de Saneamiento de vicios de sociedades, pero es un vicio a fin de cuentas, lo que se vincula con que no hay una regla supletoria en esta materia.

El capital estatutario solo puede ser modificado en virtud de una reforma de estatutos en las SRL, puesto que es una materia de los estatutos y naturalmente, cualquier reforma respecto de este pasa necesariamente por una reforma de los estatutos de la sociedad.

**Obligación de aportar:** La sociedad es la acreedora de los aportes del socio y cuenta con mecanismos para producir la obligación de aportar del socio en caso de incumplimiento por parte de este.

En cuanto al lugar de pago del aporte, hay que distinguir según si la sociedad es:

- **Comercial:** El pago se hace en el domicilio de la sociedad, lo que es relevante cuando se aportan especies o bienes muebles.

- **Civiles:** Se aplican las reglas generales, que importa que el pago debe hacerse en el domicilio del deudor o, en el caso de aporte de un bien, en el lugar donde dicho bien se encontrare.

En cuanto a la **época para el pago del aporte social**, la ley 3918 no fija una época, por tanto hay que estar a las reglas generales en materia de pago que nos señalan que el pago debe realizarse desde que la obligación se hace exigible y en el tiempo necesario para dar cumplimiento al pago.

En el caso de la SRL, si los estatutos nada dicen, el pago deberá hacerse efectivo desde la fecha de la escritura de constitución o modificación.

El CC establece, a propósito de las sociedades colectivas, una regla que aplica a las SRL que nos habla de la absoluta importancia del capital en la sociedad.

*Art. 2087 CC: A ningún socio, podrá exigirse aporte más considerable que aquel a que se haya obligado. Pero si por una mutación de circunstancias no pudiere obtenerse el objeto de la sociedad sin aumentar los aportes, el socio que no consienta en ello podrá retirarse, y deberá hacerlo si sus consocios lo exigen.*

Naturalmente en una sociedad de mercado como la nuestra, el aporte de los socios es fundamental.

La regla del 2.087 nos señala que en los casos en que, para dar cumplimiento el objeto de la sociedad, sea necesario exigir aportes adicionales a los socios y que estos, además de cumplir con el requisitos de tener en la mira el objeto de la sociedad, surgen de una modificación de los hechos, entonces el socio que deba realizar el aporte adicional y no lo haga, va a tener un derecho a retiro o, los demás socios pueden obligarlo a retirarse.

Este derecho a retiro de los socios en una SRL, es una excepción a esta materia, porque lo que sucederá es que la sociedad se hará deudora del aporte que este socio haya incorporado a la sociedad y este pasará a ser exigible.

Es tan fundamental la inyección de capital en la vida de la sociedad, que la ley permite que los socios excluyan a aquellos socios que no sean capaces de llenar esta necesidad o permite que los socios que no puedan o no quieran cumplir con este aporte adicional, puedan retirarse y ello, **sin que la sociedad se disuelva**.

La doctrina es conteste en el sentido que la calidad del socio en la SRL es inembargable, lo que significa que está fuera del derecho de prenda general de los acreedores. Esto quiere decir que el día de mañana, ya sea en virtud de una ejecución individual o universal (quiebra) el persecutor no podrá adoptar la calidad de socio del perseguido, pero esto no significa que los derechos o beneficios que la calidad de socio le reporta, no sean embargables. El principal derecho para el socio es el derecho a las utilidades, que si tiene la calidad de embargable.

### **Clases de aportes.**

La primera distinción está dada por el estatus de compromiso del aporte respectivo:

a) **Capital suscrito:** Aquel cuyo entero se ha prometido a la sociedad.

b) **Capital pagado:** Aquel capital suscrito que se ha efectivamente enterado en la sociedad.

Existe una tercera vía, de las que se excluyen las SRL por ser sociedades de personas, que es el **capital nominal**, el cual puede darse en las sociedades de capital porque en ellas no importa tanto la figura del socio, sino el capital adscrito a un objetivo determinado. Es decir, en una sociedad de capitales, el capital que no necesariamente debe estar suscrito por quienes las fundan o constituyen y queda a disposición de la administración para ser colocado en el mercado. En el caso de las sociedades de personas el capital debe, a lo menos, estar suscrito.

Otra clasificación tiene que ver con el tipo de aporte que se realiza:

a) Aporte en dinero:

b) Aporte de bienes o derechos: Transferencia del dominio no se realizara solo por la escritura, sino que además por el cumplimiento de las formalidades establecidas para la transferencia de tal bien o derecho respectivo, así por ejemplo, si a una SRL se aporta un bien inmueble, para transferirlo será necesario realizar la inscripción en el conservador de bienes raíces para la tradición.

Una tercera clasificación se realiza respecto a la calidad en la que se aportan los bienes o derecho:

a) Calidad de propiedad.

b) Calidad de usufructo.

**Capitalización:** Supone, desde un punto de vista de la contabilidad financiera, llevar al capital otras cuentas del patrimonio.

El patrimonio puede tener cuentas distintas además del capital, estas pueden llevarse al capital mediante el proceso de capitalización.

(i) La primera y más relevante en materia de sociedades son las **revalorizaciones**: mecanismos contables tributarios que permiten actualizar el valor del resto de las cuentas de activos y pasivos de una sociedad.

La principal fuente de revalorización es la inflación (corrección monetaria, en términos contables). Esto porque el capital también sufre los efectos de la inflación.

La revalorización por corrección monetaria puede realizarse por dos vías:

- **Corrección o revalorización obligatoria:** Camino que toman las S.A., cada cuatro meses debe realizarse una junta ordinaria de accionistas, que tiene como principal tarea aprobar el balance, de hacerlo, la ley entiende que se revaloriza el capital de pleno derecho, es decir, la cuenta llamada fondo de revalorización, se incorpora a la cuenta de capital.

- **Revalorización voluntaria:** Es la vía que siguen las SRL.

(ii) **Capitalización de otros fondos o cuentas patrimoniales:** En este caso puede suceder que en un ejercicio determinado existan utilidades (salen del estado de resultado<sup>4</sup>). Existiendo utilidades, la obligación de la SRL es repartirla entre los socios, pero estos pueden decidir no repartirlas o hacerlo por un menor monto. Hecha esa decisión, estas utilidades pueden pasar a un fondo de utilidades que se registra año a año en la cuenta patrimonial, puede que un día los socios decidan que tal fondo (o cualquier otro) sea capitalizado y para esto, deben determinar un aumento de capital en que los socios dirán, en el acta de aumento del capital, que se aumenta el capital y que este será pagado por los socios con cargo al fondo de utilidades, de esa forma los socios no tienen que hacer un desembolso, sino que pagan ese aumento de capital con el derecho que cada uno tiene en el pago de ese fondo de utilidades.

(iii) **Capitalización externa:** Supongamos que los administradores de una sociedad avizoran una situación de insolvencia, se puede capitalizar el pasivo que se tiene con el tercero, lo que es una forma bastante habitual de terceros en la sociedad<sup>5</sup>.

Incumplimiento de la obligación de aportar: La regla general es bastante sencilla, la sociedad tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación más indemnización de perjuicios y cualquiera de los socios tiene el derecho de solicitar la disolución de la sociedad.

Ahora para las SRL comerciales, el CCom en el artículo 379 establece una regla adicional: *El retardo en la entrega del aporte, sea cual fuere la causa que lo produzca, autoriza a los asociados para excluir de la sociedad al socio moroso o proceder ejecutivamente contra su persona y bienes para compelerle al cumplimiento de su obligación.*

*En uno y otro caso el socio moroso responderá de los daños y perjuicios que la tardanza ocasionare a la sociedad.*

Este artículo da cuenta de una diferencia entre la SRL civil y comercial, la primera tiene el carácter de intuición persona por tanto, el incumplimiento de la obligación de aportar de los socios es tan relevante, que permite al resto de los socios solicitar la disolución de la sociedad. La SRL comercial va un paso más adelante, sigue siendo una sociedad de personas y relativamente una sociedad intuición persona, pero el CCom establece una serie de reglas que relativizan esa calidad, una de ellas establece que los co-socios no pueden solicitar la disolución de la sociedad, sino que sí pueden pedir algo que es más obvio, que se excluya al socio que no cumplió la obligación de aportar y así, continuar con la sociedad. En el Derecho Comercial en general, la tendencia es a mantener la continuidad<sup>6</sup>, un comerciante forma parte de una cadena.

\**Sugerencia:* Revisar texto de Puelma que trata sobre otras formas que los socios pueden ingresar capital a la sociedad, como mediante un préstamo, cobertura o pago de una deuda de la sociedad subrogándose los derechos del acreedor en contra de la sociedad o mediante la garantía que otorga un socio a la deuda de la sociedad.

Inflar la cuenta de capital es muy relevante, por ejemplo para el pago de la patente.

---

<sup>4</sup> Balance que se realiza en un ejercicio financiero, determina las ganancias y pérdidas.

<sup>5</sup> Equivalente a lo que se llama “bono convertible en acciones”

<sup>6</sup> Actualmente se ha presentado un proyecto de modificación a la ley de quiebras que tiende a la reorganización de la sociedad fallida y su continuidad en el mercado.

## Responsabilidad limitada e ilimitada.

Desde el punto de vista de la responsabilidad limitada o ilimitada, cuando hablamos de sociedades, lo que tenemos que entender son la existencia de compartimientos estáticos, cada uno de ellos un patrimonio, dentro de los cuales se pueden hacer efectivos pasivos. Entonces tengo un compartimiento estático que se llama socio, y tengo una sociedad colectiva, y una sociedad de responsabilidad limitada. Históricamente, cuando todos los socios se juntaban para crear una sociedad, creaban una sociedad colectiva, y a partir de la creación de esta sociedad colectiva se le daba nacimiento a una personalidad jurídica o, en otras legislaciones generaban *partnerships*, que lo que hacían era salir a contratar, generando derechos y obligaciones. Por lo tanto, cuando esta sociedad colectiva genera derechos y obligaciones, generalmente las va incorporando a su patrimonio. Estos derechos y obligaciones surgen de las relaciones jurídicas que tiene esta sociedad jurídica con terceros. Esto es lo que históricamente ocurre.

Ahora, las leyes, y particularmente las del Código de Comercio, a partir de sus antecesores históricos (Código de Napoleón, etc.), empezaron a generar un mecanismo a partir de las normas sobre sociedades de responsabilidad limitada, y empiezan a generar un mecanismo que plantea que los socios responden hasta el monto de sus aportes. Ese es el concepto que dicta la ley para generar limitaciones de responsabilidad. ¿Qué quiere decir que estos terceros generan respecto de la sociedad colectiva derechos y obligaciones? Quiere decir que **estos terceros pueden hacer valer las obligaciones que tiene la sociedad colectiva respecto de ellos en los activos que tiene la sociedad colectiva**. Lo mismo que pasa con cualquier derecho de prenda general con cualquier patrimonio, es decir, cuando no hay cumplimiento en naturaleza de las obligaciones, la contraparte puede exigir ese derecho en forma forzada, o puede intentar resolver el contrato respectivo con indemnización de perjuicios en uno y en otro caso. Y ese cumplimiento forzado será en naturaleza o por equivalencia según el caso,

según la opción que elija el empleador, o según el tipo de obligaciones de que estemos hablando<sup>1</sup>.

Ergo, el tercero ejerce las obligaciones de sus derechos, y el ejercicio de sus obligaciones correlativas las ejerce en el activo de la sociedad colectiva. Y básicamente el ejercicio de ese derecho le permite a ese tercero ejercer, primero, una acción declarativa (que se declare que se tiene el derecho), pero va a llegar un minuto en que se va a tener un derecho declarado (porque se declara en un documento que nace de esa naturaleza –título ejecutivo– o en una sentencia que deviene en título ejecutivo porque declara la existencia de ese derecho). Cuando el tercero está en la posición de tener el derecho (el cumplimiento forzado de esas obligaciones) exigible a través de un título ejecutivo, respecto de esa sociedad, se inicia una ejecución individual. Si son muchos acreedores y la sociedad no está cumpliendo porque es insolvente y ha cesado el pago, probablemente se va a hacer una solución concursal y no individual. La solución individual típica= juicio ejecutivo; solución concursal típica= quiebra. Los dos son caras de una misma moneda.

---

<sup>1</sup> Todo eso es materia de obligaciones de derecho civil, por lo tanto se da por entendido.

El tercero que está ejecutando individual o colectivamente a la sociedad colectiva entonces, lo que está haciendo es hacer efectivo su derecho de prenda general tomando bienes y pagándose con esos bienes. ¿Cómo dice la ley chilena que es el procedimiento con que se pueden pagar los acreedores con bienes del deudor? Básicamente, mediante el mecanismo de ejecución o realización de los bienes. En Chile no tenemos un pacto comisorio respecto de los bienes del deudor, o sea, salvo ciertas instituciones que aparecen en materia de normas del procedimiento (como la anticresis), por regla general en Chile los pagos de las obligaciones en forma forzada no se hacen trasladando el dominio del activo del deudor al acreedor, sino que se hacen mediante un procedimiento de realización. Ese procedimiento de realización básicamente pretende que el activo correlativo se transforme en dinero mediante un procedimiento público (remate normalmente), y al transformarse en dinero, ese dinero que es el producido de la realización del activo, es el que está destinado a pagar a los acreedores. Muy importante entonces: **no hay pacto comisorio en la ejecución de los bienes en Chile**. Este tercero, entonces, hace efectiva su obligación, obtiene una declaración o un documento que tiene fuerza de título ejecutivo, cae un embargo sobre los bienes y genera una realización pública en venta forzada de esos bienes, para que con lo producido con esos bienes se pague la obligación correlativa. Así es como funciona el mecanismo de cobro de las obligaciones de los terceros a las sociedades colectivas, como en cualquier patrimonio.

Esto es importante, porque a algún tercero ingenioso, en algún momento de la historia, se le ocurrió que él tenía no sólo un patrimonio de afectación (que era el patrimonio de la sociedad), sino que también se le ocurrió que podía tener más de un patrimonio de afectación, que eran los patrimonios de los socios. Entonces, este tercero dice: si esta sociedad no me paga me voy contra los socios. Y hubo otros terceros más astutos que dijeron: independiente de si la sociedad me paga o no, yo me voy directo donde los socios. Esto es una figura de solidaridad que, ya sabemos, supone que para afirmar mi patrimonio de afectación yo puedo perseguir a cualquiera. En este último caso estamos hablando de **patrimonios solidariamente comprometidos con una obligación** (responsabilidad directa). En el otro caso, estamos hablando de un **método de ajuste subsidiario** (responsabilidad indirecta -no solidario-), donde primero persigo a uno, y sólo en el caso en que resulte no ser solvente se persigue al subsidiario. En uno y en otro caso, estamos hablando de **responsabilidad ilimitada**: en un caso tenemos un evento de subsidiariedad y el otro tenemos un evento de solidaridad. De manera que cuando hablamos de la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales, hablamos de ilimitación y no hablamos de solidaridad. La solidaridad es un mecanismo; es una de las variantes que puede haber.

Históricamente se introduce la normativa sobre sociedades colectivas civiles, reconocidas en el Código Civil. Varios años después surgen las sociedades colectivas mercantiles, reguladas en el Código de Comercio chileno. Unas y otras establecen ilimitación de responsabilidad. Pero las sociedades colectivas civiles tratan una responsabilidad ilimitada de carácter subsidiario, y las sociedades colectivas mercantiles tratan una sociedad de responsabilidad ilimitada solidaria. Esto quiere decir que el tercero acreedor de la sociedad colectiva va a poder ir directamente contra los socios en el caso de la sociedad colectiva mercantil, y que en el caso de la sociedad colectiva civil va a poder ir subsidiariamente en el caso de la sociedad colectiva civil.

Pero seguimos hablando de responsabilidad ilimitada. Esto quiere decir que estos socios van a responder por las obligaciones que ha contraído la sociedad. Y por lo tanto, ellos no tienen una manera de desafectar su patrimonio personal de las obligaciones que está contratando la sociedad, porque los terceros, en realidad, están contratando asumiendo el crédito de los socios más que el crédito de la sociedad. La perspectiva de las sociedades colectivas es que aquellos terceros que están contratando en realidad siempre miran a los socios. Y esto tiene que ver con las distintas características de las sociedades colectivas: la sociedad colectiva es una sociedad de los socios, no es una sociedad de capital, por lo tanto las personas de los socios son muy relevantes. La sociedad colectiva tiene regulaciones en torno al giro social, en torno al nombre social, toda esa regulación lleva a pensar que la persona sigue siendo muy relevante: la sociedad colectiva puede tener el nombre, giro u objeto social, o la persona o una o más personas que forman parte de la sociedad. De hecho, cuando más tarde entramos a ciertas regulaciones, se establece que si un socio se retira, el nombre del socio que estaba en esa sociedad colectiva tiene que eliminarse, porque si no el tercero cree que sigue contratando con ese socio que, aunque retirado, sigue en el nombre de la razón social, y entonces el ex-socio sigue siendo solidariamente responsable porque se entiende que el tercero sigue confiando en ese socio. Entonces si vamos viendo las reglas de las sociedades colectivas civiles y mercantiles, vamos dándonos cuenta de que, en la perspectiva que tiene el legislador, hay un tercero que está contratando con una sociedad colectiva, pero que en realidad está mirando el riesgo de crédito de los socios. Y a partir de ahí encontramos varios ejemplos que nos llevan a comprobar esta tesis.

A este concepto de la responsabilidad ilimitada se opone el mundo de la **responsabilidad limitada**. El mundo de la sociedad limitada nace con la sociedad de responsabilidad limitada. El mundo de la limitación de responsabilidad de los socios, tiene que ver con una acción de fomento hacia el emprendimiento. Básicamente, el fenómeno que ocurre con las sociedades colectivas es que el capital se termina hundiendo con el buque: el socio tiene que incorporar todo su patrimonio al negocio, no porque físicamente lo incorpora, sino que por el sólo hecho de la limitación de responsabilidad, todo su patrimonio personal sigue dándole crédito a la sociedad colectiva a la que pertenece. Eso significa que los emprendimientos están limitados, en el sentido de que hay personas que podrían emprender pero que no están disponibles a emprender porque arriesgarían todo su patrimonio. De hecho, en la quiebra antigua, lo que ocurría en el evento en que la sociedad era puesta en quiebra por el tercero, es que terminaba muchas veces, en 12 horas, en la ruina del socio y la muerte por suicidio del mismo. Porque el hombre, además de perder su sociedad, perdía todo su patrimonio. Entonces, en ese evento, podemos explicarnos muchas de las normas que hoy día en la práctica no llevan a completarse, cuando miramos la normativa sobre ley de quiebra y sobre procedimientos concursales, prelaciones de crédito y bienes inembargables: ¿qué importancia tiene la normativa de bienes inembargables cuando estamos hablando de sociedades de responsabilidad limitada? Ninguna. Antigüamente era muy importante, porque lo que pretendía era salvarle la cama y el velador a este señor. Entonces, históricamente, la limitación de la responsabilidad surge como un fenómeno económico, que lo que pretende es generar un fomento de emprendimiento, porque lo que le dice al mundo es que en la medida en que en la medida en que uno esté dispuesto a entrar en un negocio, y aportar en una parte de sus bienes al negocio mediante el aporte de capital, entonces esa parte de capital que se va a aportar es toda la responsabilidad que se va a asumir en ese negocio determinado. El

legislador limita la responsabilidad de los socios, con lo que el tercero sólo puede perseguir la sociedad, y nunca va a poder perseguir a los patrimonios de los socios. En ese evento, entonces, estamos hablando de la sociedad limitada.

Al ver obligaciones (derivadas de distintas fuentes) se estudian las cláusulas limitativas de responsabilidad y las cláusulas eximentes de responsabilidad, o las causas eximentes de responsabilidad cuando se trata de materia extracontractual, y básicamente tratan todas estas temáticas de cuánto puedo yo limitar mi responsabilidad respecto de mi patrimonio de afectación cuando hay una contraparte que me quiere hacer efectiva una obligación contractual o extracontractual. Y ahí se ve cuando hay mucha doctrina y jurisprudencia en la discusión civil chilena que plantea el tema (por ejemplo: limitación de responsabilidad por los robos que ocurren en los estacionamientos de los centros comerciales). Por lo tanto, la temática de la limitación de la responsabilidad no es exclusiva del derecho comercial, ni del derecho de sociedades: está en otras materias, pero probablemente esta es una de las materias con mayor sentido para entender la aplicación de estas cláusulas limitativas de responsabilidad: no son más que eso.

¿Qué significa que los socios respondan hasta el monto de sus aportes? Significa que el acreedor sólo va a poder hacer efectiva su acreencia en el activo de la sociedad; no puede perseguir a otro patrimonio (a menos de que haya otro patrimonio comprometido con cláusulas de limitación de responsabilidad, pero como estamos hablando de una sociedad colectiva de responsabilidad limitada, no puede seguirlo, o a menos de que haya otro patrimonio comprometido por la existencia de cauciones personales. Entonces, en la práctica, ¿qué quiere decir esto de que los socios responden hasta el monto de sus aportes? Quiere decir que la única obligación que tienen los socios respecto de la sociedad y respecto de los terceros acreedores de la sociedad es efectuar su aporte comprometido. Si ellos no efectúan su aporte comprometido, tanto la sociedad como un tercero que ejerce una acción subrogatoria, ese tercero acreedor podría llegar donde el socio y pedirle que cumpla con su aporte. Pero el titular para ejercer ese cobro es la sociedad. Si la sociedad está controlada por mí, el tercero acreedor de la sociedad va a pedir que se le otorgue una acción para perseguir a nombre de la sociedad (acción oblicua o subrogatoria), para que el socio aporte lo que debe. ¿Cuál es el único patrimonio de afectación que tiene el tercero? El patrimonio de la sociedad, y esa sociedad tiene, en este caso, un activo que es una cuenta por cobrar al socio. Por lo tanto, el tercero lo que está haciendo es ejerciendo su derecho a cobrar sobre todos los activos de la sociedad (no cambia la limitación de la responsabilidad; no cambia la afectación de un solo patrimonio).

### **Personalidad jurídica de las sociedades.**

Personas jurídicas de derecho público:

- Fisco: CPR
- Municipalidades: CPR + LOC de Municipalidades

El punto a notar es que la regulación de la **constitución de las personas jurídicas**, puede derivar de distintas fuentes del derecho. Con respecto a las personas jurídicas que estudiamos en materias de derecho comercial que son, en su gran mayoría, sociedades<sup>2</sup>, ellas nacen con el acuerdo de voluntades entre los socios. Ese acuerdo de voluntades no es sino el mismo acuerdo de voluntades que se ha estudiado al

revisar el consentimiento como uno de los requisitos de los actos jurídicos, es decir, son dos o más personas que se ponen de acuerdo en la celebración de un contrato. En Chile, las sociedades, casi en su gran mayoría, son sociedades contractuales. Hay sociedades legales como es el caso que establece el Código de Minería (sociedades mineras). En el momento en que ese consentimiento es perfecto, tenemos que una sociedad se constituye y por lo tanto nace la persona jurídica. Esta es la regla general: la persona jurídica nace con ocasión de la constitución. Pero para que esa declaración de voluntad tenga vigencia en el derecho, es necesario cumplir con los requisitos que la ley establece para el acto o contrato respectivo. Y en el caso de la constitución de sociedades, en su gran mayoría, estamos hablando de actos solemnes. Por lo tanto, hasta que no se cumple con la solemnidad correlativa no tenemos una sociedad que se haya constituido ni una sociedad jurídica que haya nacido, porque la voluntad del que la crea no se entiende perfecta sino hasta que se haya perfeccionado con la respectiva solemnidad. Aquí es donde podemos encontrar una serie de discusiones a propósito de si esa solemnidad es la pura escritura, si tiene que ser escritura pública, si ha de publicarse, inscribirse, o si tiene que ser autorizada por una autoridad. Y estas preguntas nos van a llevar a ser respondidas de distinta manera según el tipo de sociedad con la que nos encontremos. Por ejemplo, nos vamos a encontrar con que hay un caso de sociedades que en Chile nacen con el sólo consentimiento de voluntad de los socios constituyentes, que no requieren una solemnidad porque es el único caso de una sociedad consensual: es el caso de las sociedades colectivas civiles. Escritura, habrá que ver si es escritura pública o privada, si la firma ha de autorizarse ante notario o no, etc. Pero en general, desde las sociedades por acciones hasta las sociedades de responsabilidad limitada, tenemos distintos requisitos: las sociedades por acciones se pueden constituir con instrumento público o privado (autorizado por una notaría), etc. Pero lo importante es notar que caso a caso hay diferencias, y por lo tanto dependiendo de la solemnidad podemos determinar cuál es el momento de nacimiento de la personalidad y por lo tanto de la persona jurídica.

<sup>2</sup> En su mayoría, pero no todas: tenemos por ejemplo las EIRL, que son personas jurídicas que no tienen el nombre de sociedades.

¿Qué pasa con las inscripciones y publicaciones? Muchas veces nos encontramos con que se establece un requisito de publicidad según el cual se deben inscribir los textos en el Registro de Comercio a cargo del Conservador de Bienes Raíces y de Comercio, y que se deben publicar en el Diario Oficial para que todos sepan de la existencia de esta sociedad. La pregunta, entonces, es si es que son la publicación y la inscripción una solemnidad del acto o contrato, o si son solamente un efecto de oponibilidad a terceros. Cuál es el momento en que nace, entonces, la persona jurídica, es una discusión que se va a solucionar en virtud de cuál sea la tesis que se adopte acerca de la naturaleza de la publicación y de la inscripción (si se trata de una formalidad de publicidad, la persona jurídica nace con ocasión de la constitución de la sociedad, y es oponible a terceros a partir de la publicación en la inscripción correlativa; si tiene que ver con la solemnidad del contrato, entonces no habría persona jurídica sino hasta que se cumple el último acto correlativo). Finalmente, otros casos de sociedades, es donde se requieren actos o autorizaciones de autoridades. El caso típico sería el de las sociedades anónimas especiales. En estos casos, además de los actos anteriores, se requiere el certificado de una autoridad que acredite que con ese acto ha nacido la sociedad.

Cualquiera de estos momentos de constitución del tipo de sociedad, nos lleva al nacimiento de la sociedad, al perfeccionamiento del contrato, a la habilitación para empezar a contratar con terceros, y (lo más importante) al nacimiento de una persona jurídica. Esta persona jurídica nace, vive y muere. ¿Cómo muere? El acto de disolución es el acto por el cual “termina” la sociedad, y el acto de liquidación es el procedimiento mediante el cual los activos pagan las obligaciones y después a los socios. El contrato de sociedad es calificado, entre otras cosas, de contrato de trato sucesivo

porque la disolución de acuerdo a la ley pone término al contrato de sociedad, o sea, lo termina en lo que sigue (no retroactivamente). Así, claramente la disolución es el evento de término de la sociedad. Ahora, ¿es también un evento de término de la persona jurídica? La disolución, por regla general, pone término a la persona jurídica. Pero esta regla general tiene que ver con la forma en que se escriben las reglas generales desde una perspectiva histórica, porque la sociedad colectiva civil es

la primera entidad que nace en Chile y en esa sociedad colectiva se le pone término a la persona jurídica por el hecho de la disolución. Todas las demás son excepciones: de ahí para adelante (sociedades colectivas mercantiles, sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades por acciones, las sociedades anónimas) son excepciones en tanto no se pone término a su personalidad jurídica con el evento de la disolución, sino que con el último acto de liquidación. ¿Cuándo comienza el procedimiento de liquidación? Con la disolución, porque se pone término al contrato, y a partir de ahí la persona que nació con este contrato ahora se dedica a liquidarse. De hecho, las sociedades pasan a llamarse “**sociedades en liquidación**”. Y en general, la regulación de la legislación sobre liquidación pretende enfocar la fuerza hacia la liquidación de los activos y pasivos sociales. ¿Cuándo termina la persona jurídica? El día en que se hace el último pago de liquidación al socio (porque primero se le paga a los acreedores, y luego a los socios). ¿Dónde están reguladas las causales de disolución de las sociedades colectivas? En el Código Civil, incluso las del Código de Comercio. El procedimiento de liquidación es distinto en el Código Civil respecto de las sociedades colectivas civiles, que en el Código de Comercio respecto de las sociedades civiles mercantiles, y por ende, respecto de las demás leyes especiales que crean procedimientos de liquidación para las sociedades a las que se refieren. Es distinta porque en el Código Civil ya se puso término

a la persona jurídica y se liquida la cosa como una entidad sin personalidad jurídica, aplicando por analogía las reglas de la partición. ¿Cómo se liquidan las sociedades colectivas mercantiles? Por la regulación del Código de Comercio, que son unas reglas que se dan particularmente a una entidad cuya persona jurídica sigue vigente. Entonces, si entendemos estas diferencias, entendemos también que hay distintas legislaciones y así el problema.

### **Asociación o cuenta en participación.**

Es un híbrido raro que está al principio de las sociedades del Código de Comercio, que nace con el mismo. El Código de Comercio tiene algunas cosas muy originales, y otras que son sólo regulaciones especiales de temas que ya existen. Las sociedades del Código de Comercio en realidad no tienen nada de novedoso porque el Código Civil ya se había hecho cargo de crear sociedades. La asociación o cuenta en participación es una de las pocas figuras creativas, de origen en el Código de Comercio. No es la que se reconoce mundialmente; mundialmente al Código de Comercio chileno se le reconoce un gran aporte original, que es el famoso contrato de cuenta corriente mercantil. La asociación o cuenta en participación es una figura que ya existía afuera, particularmente en el Código Francés, que se trae a Chile y se introduce en el Código de Comercio. Pero es creativo en Chile porque no existía acá algo semejante.

La asociación o cuenta en participación es una cosa fácil de entender: es una figura del mundo del comercio y del derecho comercial, y que tiene que ver con esconder a una persona detrás de gestores. En general el mundo de las sociedades hace que el socio 1, el socio 2 y la sociedad, queden todos expuestos frente a terceros. Hay excepciones, sin embargo, en el derecho mercantil, donde la sociedad queda expuesta frente a terceros, y algunos socios (X e Y) quedan expuestos, y otros (1 y 2) quedan escondidos. O sea, figuras sociales donde hay socios que sólo conoce unos pocos, y otros socios que se muestran a los terceros. En general, las figuras societarias que se regulan en Chile son las sociedades en que los terceros son capaces de ver con quién está contratando. Ahora, esta capacidad de ver con quién está contratando es un poco más fácil según la naturaleza de la sociedad. En la sociedad de personas es mucho más fácil; en la sociedad de capital es un poquito más complejo. Cuando yo contrato, por ejemplo, en una sociedad colectiva civil yo los conozco a todos, porque es una sociedad de personas y por lo tanto a mí me interesa mucho entender quiénes son los que están detrás. En la sociedad anónima abierta hay una sociedad de capital, pero donde por sus distintas regulaciones yo puedo llegar a saber quiénes son sus accionistas (aunque saber quiénes son importa poco, y se puede llegar a saber más o menos porque, técnicamente, para saber quiénes son los accionistas en una sociedad anónima abierta, primero tengo que ser accionista, segundo, en un período determinado del año puedo acceder a los libros de esa sociedad para ver quiénes son los accionistas; pero yo, jurídicamente, no tengo derecho a forzar la entrega de esa información si no soy accionista o estoy fuera de ese período<sup>4</sup>). En la sociedad anónima cerrada ya es casi imposible: la única forma que tengo de llegar es siendo socio, durante estos 15 días; a diferencia de las sociedades anónimas abiertas no existe un registro público sino que un registro privado que lo lleva un gerente. En la sociedad en comandita o por acciones hay una intencionalidad: hay socios de dos categorías: socios gestores, y socios comanditarios o capitalistas. Los que introducen el capital, por definición de la ley, no tienen que estar al frente, porque si están al frente dan una sensación de crédito al tercero que no se va a generar. Por

lo tanto, el capitalista que está al frente, queda inmediatamente contaminado por una solidaridad respecto de las obligaciones respecto de la sociedad en comandita. Entonces, en el mundo de las sociedades esto de los socios aparentes o públicos, va variando en función de la naturaleza de la sociedad.

La asociación o cuenta en participación está más o menos en el mismo lado que la sociedad en comandita, porque aquí de lo que se trata es de que hay aun **socio partícipe** y **socios gestores**. La diferencia de esta figura respecto de todas las demás, es que la asociación o cuenta en participación es un contrato. Cuando uno estudia los *partnerships* ingleses y otras figuras contractuales que no constituyen personas jurídicas pero que sí constituyen un contrato, y que permiten a esa entidad celebrar actos y contratos correlativamente, probablemente la forma más práctica que por analogía tiene para tratar de defenderlo la legislación chilena, es la asociación o cuenta en participación. El *partnership* inglés o norteamericano es, más o menos, una asociación o cuenta en participación, sin socio partícipe oculto. O sea, son contratos que no hacen nacer personas jurídicas, que permiten que esa entidad (no persona jurídica) que no ha nacido al mundo del derecho, celebre derechos y obligaciones como un patrimonio de afectación distinto del patrimonio de los socios. Eso más o menos lo que pasa en la asociación o cuenta en participación, en el sentido de que es una figura contractual que no crea una persona jurídica y que pareciera ser un patrimonio de afectación. ¿Por qué es un patrimonio de afectación? Porque, habiendo un socio público, ese socio público es un socio cuyo crédito están celebrando con terceros, por lo que los terceros van a poder hacer valer los derechos y obligaciones correlativos derivados de la contratación del socio gestor, en el patrimonio del socio gestor; no van a poder perseguir al patrimonio del socio partícipe.

Esta asociación o cuenta en participación es un contrato que surge en Chile en el Código de Comercio, por lo tanto tiene un carácter meramente mercantil y por lo tanto asume que quienes van a celebrar este contrato tienen el carácter de comerciante. Eso es un mito: en la práctica pueden haber asociaciones o cuentas en participación que no necesariamente van a ser entre comerciantes, en cuyo caso, lo que va a ocurrir que al menos uno de los dos socios que no está celebrando un contrato

---

<sup>4</sup> Hoy se complica más porque los libros están siendo encargados a un manejo externo (depósitos centralizados: entidades que hacen un manejo computacional de este tema).

mercantil (por no ser comerciante), lo que va a estar haciendo es celebrando un contrato atípico desde la perspectiva del derecho común, utilizando por analogía la normativa de un contrato típico mercantil. Por lo tanto, en la práctica, las asociaciones o cuentas en participación no se dan sólo entre comerciantes; se dan también con no-comerciantes. Cuando ocurre esto último, la pregunta es cuál es la regulación supletoria que se les aplica: ¿del Código de Comercio? ¿O sólo las normas del derecho civil? Típicamente, la respuesta de los comercialistas es que sólo cuando los contratos de cuenta de participación son celebrados entre comerciantes, puede aplicarse la normativa legal supletoriamente, mientras que los celebrados entre no comerciantes o con no comerciantes, respecto de los no comerciantes no se aplica la normativa supletoria, sino que las reglas del derecho común.

Entonces, aquí tenemos a un socio oculto que lo que hace es capitalizar a un socio no oculto (gestor): le entrega una cantidad de dinero con aporte equivalente al dinero, para que este señor haga un negocio; los resultados de ese negocio van a estar regulados por esta cuenta en participación, resultados que normalmente van a tratar de determinar un beneficio o un perjuicio porcentual respecto del negocio (cuánto recibe el socio gestor, el socio capitalista, etc.). Esas son regulaciones propias del contrato de asociación o en cuentas de participación. Este es un contrato consensual, a diferencia de la mayoría de las sociedades, y el tercero que contrata está contratando con el gestor, y ese es el patrimonio de afectación que tiene (no el patrimonio del socio capitalista). Además, existe la obligación del socio gestor de rendir cuentas al socio partícipe.

La asociación o cuenta en participación, en la práctica, es un contrato muy usado, mucho más de lo que nos damos cuenta por razones obvias: porque la asociación o cuenta en participación permanece oculta. Cuando yo estoy celebrando con alguien, puede que este celebrando con esa persona a propósito de un contrato de cuenta en participación que alguien celebró y yo como tercero no tengo cómo saber. Y la ley no permite que se sepa porque el crédito que yo tengo que mirar es el de la persona que tengo al frente, no el del partícipe que se supone que es oculto, porque si ese partícipe fuera visible estaría mirando su crédito, y por lo tanto tendría que afectarlo también a él. De modo que es razonable o prudente que yo no sepa cuándo se trata de una cuenta en participación.

## Conceptos generales de la ley del consumidor

El derecho del consumidor es el conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones entre consumidores o usuarios y proveedores. En la época de la economía agraria, en el periodo pre-industrial, la producción en serie no existía. Cada contrato que había era por cosas específicas, preparado para cada caso, la producción a gran escala no era algo común, pues los intercambios eran muy reducidos. Con la revolución industrial se incrementa la producción en serie y con eso la venta de artículos al por mayor. Aquí es cuando surge la clientela, que sería un activo (ver: taller anterior -> Masa de compradores habituales o fidelizados que tiene un negocio). El activo clientela se veía como una parte del establecimiento de comercio, no se le veía como un sujeto jurídico. También en esta época comienza a surgir los contratos de adhesión. Los vendedores no tenían tiempo para andar negociando con cada comprador. Como ellos tenían el bien y una mejor situación económica, tenían la sartén por el mango, y el cliente se encontraba en una posición desventajada.

Empieza a ocurrir luego que ciertas regulaciones en derecho continental, como la regulación italiana y la alemana, empiezan a adoptar medidas de interpretación que buscaban proteger el derecho del consumidor. Por ejemplo, si un contrato tenía una cláusula ambigua, esa cláusula se iba a interpretar en contra de aquella parte que la impuso. Entonces este es un caso en que los propios tribunales empiezan a tomar estas medidas. De hecho, en el Código Civil chileno se dice que los contratos se interpretaran siempre cuando haya nulidad a favor del deudor. Esto no se pensó en el derecho del consumidor pero puede ser una salvedad útil.

Luego, se pasa de la clientela propiamente tal correspondiente a este concepto abstracto del comprador habitual, a una cuestión más bien jurídica, se empiezan a dar derechos, ciertas facultades, así empieza a surgir la idea del consumidor, quien en sí viene a ser esta juridización de lo que tradicionalmente se entendió como cliente. La formulación actual de nuestro Código es la siguiente: *Consumidores o usuarios son las personas naturales o jurídicas que en virtud un acto oneroso, adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio.*

Esta definición adolece de un problema, que es bien identificado por el profesor *Sandoval*. Deja desprotegida a mucha gente.

Lo que se contrapone a esta idea del consumidor es la idea del proveedor. Aquí conviene hacer la distinción. A la noción del comerciante y el empresario, que son jurídicamente distintas, hay que agregarle el proveedor. Su definición es que son personas jurídicas de derecho privado o público que habitualmente desarrollan una prestación de servicios a consumidores por la que se cobra un precio o una tarifa.

Hay que hacer una distinción. El 2004 se agregó un inciso 2do, que señala que no se consideraran a proveedores que trabajen en forma independiente. Se refiere a profesiones liberales, como médicos o abogados. Si nos atenemos al inciso 1, perfectamente podríamos alegar contra un abogado que presta un mal servicio. No se limita a una u otra profesión en particular, se refiere a todos quienes tengan títulos profesionales.

La información básica comercial:

Ej. Yo vendo planchas. Tengo que dar información sobre el modelo, la fabricación, donde las fabrico, como

las fabrico, etc. esta ley te obliga.

La gran gracia de esta publicidad es que tiene que incluir por norma general información que sea veraz. Siguiendo con el ejemplo de las planchas, si yo digo que vendo planchas de cromo que impide que se peguen, entonces esta característica queda incorporada al contrato. Se ha interpretado que la ley de protección al consumidor es una norma supletoria.

El ámbito de aplicación de la ley: suena muy obvio, parece lógico que si uno va a una multitienda y compra un pantalón estoy protegido por la ley del consumidor. Es cierto, pero se estableció una cláusula de carácter general y 5 cláusulas generales que regulan en detalle.

La primera hace alusión a actos comerciales de carácter mixtos. Este aspecto avalaría la existencia de la teoría de los actos mixtos. Ej. Voy a Falabella, el comerciante, y compro yo, civil. Para D es un acto de carácter civil comprar el pantalón, pero B no está afecto al carácter del consumidor, porque B es consumidor como comerciante.

Hay algunos aspectos adicionales que pese a no ser estrictamente mercantiles quedan protegidos por la ley mercantil:

1. La comercialización de sepulcros o sepulturas.
2. Los actos o contratos en que el proveedor se obliga a suministrar al consumidor el uso o goce ... Podemos traducir esta definición con los siguientes ejemplos: arriendo de inmuebles como cabañas, hoteles, etc.
3. Tienen que ser para fines de turismo, pero no dice específicamente la industria hotelera, porque si así fuera se excluiría a
4. Cosas como el derecho a retiro, respecto a los aranceles que están cubiertos. No así por ejemplo las reglamentaciones de la carrera. La ley se restringe a ciertos aspectos específicos.
5. Los contratos de ventas de viviendas. El derecho comercial por regla general ha excluido a los inmuebles, entonces como se excluían de la mercantilidad, por ende de la letra a. tienen que ser realizados por empresas inmobiliarias.
6. Los actos o contratos ejecutados

La regla general es llevarlo a una regulación particular, si hay una regla general prima por sobre la ley del consumidor.

Enumeración de los derechos del consumido

1. Libre elección de los bienes o servicios.
2. Información veraz y oportuna sobre los bienes o servicios ofrecidos.
3. No ser discriminado arbitrariamente por los prestadores de servicios.
4. La seguridad en el consumo de los bienes y servicios. Ej. Que no exploten los artículos eléctricos comprados.
5. La indemnización por los daños patrimoniales y morales. Es también aplicación del estatuto general

de responsabilidad de nuestra legislación.

6. ... ej. Las cervezas o el alcohol en general.
7. Derecho al retracto. Art. 3 bis de la ley del consumidor compra de bienes y servicios.

\*salvedad de las universidades y medios escritos.

Otro aspecto que destaca que fue incluido en esta ley del 2004 son las asociaciones de consumidores. Están las asociaciones de carácter gremial, que su función es la protección del derecho de sus afiliados. Concedió la facultad de forma colectiva o ante la ley. Ej. Caso la polar. La gran importancia de poder hacer esto, es que si uno quiere demandar por 100.000, si llevas un proceso ante un tribunal ordinario, pagar las costas, abogados, papeleos, etc. ya suma más de 2.000.000 sin tener un fallo. Entonces existía un desincentivo económico tremendo a demandar por los derechos. Esto permite demandar a las asociaciones de consumidores demandar en representación de todos sus asociados.

Legalmente, tienen 6 atribuciones:

- 1) Difundir
- 2) Formar, orientar y educar a los consumidores para el adecuado ejercicio de sus derechos.
- 3) Estudiar y proponer medidas.
- 4) Representar a sus miembros y ejercer las acciones a que se refiere.
- 5) Representar tanto el interés individual, colectivo y difuso.

En Chile existe un procedimiento de fijación de servicios como el agua o la luz. Es más de derecho económico. Todos estos procesos de fijación, tienen una serie de individuos que pueden participar de este proceso de fijación. Esta ley permite esta participación.

### ***La clausula abusiva***

Son, según la ley, cláusulas que se contrapongan a la buena fe a los contratos de adhesión. Un contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas son propuestas unilateralmente por el acreedor sin que el deudor pueda modificar su contenido.

En nuestra legislación, existen 5 reglas sobre las cláusulas abusivas + una regla general.

Los 5 tipos son los siguientes.

1. Otorgan a las partes las facultades de dejar.... Es lógico, por ejemplo, alguno de nosotros contrata con un banco. Tiene tarifa anual de mantención de 2% y la acepta. Una cláusula abusiva sería una que permita al banco dejar sin efecto el contrato desde tal fecha, o por ejemplo el caso de que el banco por motivos de la empresa podrá suspender la ejecución del contrato.
2. Que establezcan incrementos de precio por... salvo que dichos incrementos sean... por ejemplo, Facebook que pone servicios adicionales sin consultar, si cobrara por ello, sería contrario a la ley del consumidor.
3. Que pongan a cargo del consumidor los efectos de la... el banco no gira la plata que va a cobrar

el cheque y se abre un juicio por protesto de cheques. Lo normal es que el banco se haga responsable (es un caso general, porque la ley de bancos regula más en específico estos casos). Una cláusula que no responda sería contraria al derecho al consumidor.

4. Que invierta la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Ej. La empresa incumple el contrato. Yo había contratado que me suministraran pasteles.
5. Que contenga limitaciones absolutas de la responsabilidad... ejemplo de los pasteles, si estos están malos, llegan tarde o no lleguen, la empresa no se haga cargo en caso alguno.

Se considera que estas cláusulas no tienen efecto en caso alguno. No operan.

Las acciones del consumidor:

1. Sanciones al proveedor que incurre en la infracción.
2. Anular cláusulas abusivas incorporadas en el contrato de adhesión.
3. Obtener la prestación de la obligación incumplida
4. Hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores.
5. Lograr la vía indemnización de perjuicios o lo que corresponda.

## **Empresa individual de responsabilidad limitada.**

La EIRL es una persona jurídica, compuesta por una persona natural (no puede ser una persona jurídica). La idea es que la EIRL que se introdujo en el derecho chileno recién en el año 2003, en principio se introduce para que fuera una herramienta útil principalmente para el micro, pequeño y mediano empresario, en el sentido de que permiten que ese empresario solo (sin ningún otro socio, como sería el caso de una sociedad), pueda constituir una persona jurídica.

La regulación es reciente: las EIRL fueron introducidas recién en el año 2003 por la ley 19.857, que es una ley cortita. Y, supletoriamente, en lo que no está regulado expresamente por la ley 19.857, se aplican las normas que se aplican en las sociedades de responsabilidad limitada comerciales, incluyendo normativa tributaria.

¿Qué es una EIRL (empresa individual de responsabilidad limitada)? Es una persona jurídica (por oposición a una persona natural), que tiene un patrimonio propio y distinto del titular (lo que resulta redundante –se sigue de que sea una persona jurídica). Es siempre comercial, sea cual sea el giro que realice (como las SA), y están sometidas al Código de Comercio cualquiera sea su objeto (o sea, para todo caso el objeto es comercial), y va a poder realizar toda clase de acciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por ley a las SA (pero esta es una mención errónea: la ley no conoce de ningún giro específicamente reservada para las sociedades anónimas<sup>1</sup>).

- i. La EIRL es una persona jurídica con patrimonio distinto al de su constituyente o titular. Acá tenemos una persona jurídica constituida por una sola persona, es decir, hay una escritura de constitución que tiene un solo titular. Esa persona jurídica va a tener un rut propio, porque es una persona distinta a su titular. Pero en este caso no tenemos lo que pasa, por ejemplo, con la sociedad de responsabilidad limitada, donde por ejemplo somos dos o más socios, y ahí claramente la distinción entre el patrimonio de la sociedad, que es un patrimonio compuesto por los aportes de dos o más personas, está claramente delimitado frente al patrimonio de cada socio individualmente: porque una cosa es mi billetera, y otra cosa es la billetera de la sociedad que está compuesta por los aportes de todos los socios. La distinción es más fácil. O sea, además del punto de vista teórico (uno es persona natural, el otro es persona jurídica) tenemos una distinción práctica clara, porque tenemos una estructura social que está formada por los aportes de dos o más personas. En cambio acá el patrimonio está formado por sólo el aporte de esa persona. Y la idea era evitar el problema que se producía constantemente cuando empresarios individuales tenían actividad económica y, por ejemplo, entraban en cesación de pago o tenían muchas deudas, porque sus acreedores iban detrás de todo su patrimonio, porque

---

<sup>1</sup> A lo más, cuando se establece un requisito (como en el caso de los Bancos), no es que se esté reservando la materia a una sociedad anónima, sino que se exige que la sociedad se constituya como una sociedad anónima especial, que cumple con los requisitos de la Ley General de Bancos, etc.

ellos como personas naturales tenían que responder con *todo* su patrimonio. Así que esto se solucionó permitiéndole a la persona constituirse como una persona jurídica sola, y así se permitiría que se limite su patrimonio solamente hasta el monto de su aporte. Ahora bien, con la sociedad de responsabilidad limitada se podría hacer lo mismo, pero hay algo de relevante: en ese caso yo necesitaría más de una persona para hacerlo, lo que significaría que dejaría de ser un negocio mío, y pasaría a ser un negocio en el cual estoy en igualdad de condiciones con otras personas: todos tenemos la calidad de socios, y pueden realizar actos de socios (paradigmáticamente: representar a la sociedad). En este caso, el único que es titular de la EIRL es la persona que la constituye, que puede ser uno y sólo uno.

2. El titular es sólo uno, y ese sólo uno debe ser persona natural. En las sociedades de responsabilidad limitada, por ejemplo, no hay ningún límite legal en el sentido de que yo necesito dos socios o más (hasta 50). Pero esos dos socios pueden ser, perfectamente, dos personas jurídicas. En el caso de las EIRL el socio tiene que ser necesariamente uno, y ese uno tiene que ser persona natural.
3. Al igual que las sociedades anónimas, siempre va a ser comercial, cualquiera sea su objeto. Es decir, siempre va a tener que cumplir con las obligaciones de los comerciantes, como por ejemplo, llevar libros de contabilidad. Las sociedades de responsabilidad limitada pueden ser civiles o comerciales. Y las dos tienen que inscribirse en el Registro. Una sociedad de responsabilidad limitada civil también tiene que inscribirse en el Registro de Comercio y publicar un extracto en el Diario Oficial. Todo esto (libros de contabilidad, Registro, inscripción de poderes, etc) tiene que cumplirlo la EIRL.
4. Pueden realizar toda clase de actos civiles y comerciales, siempre que no estén reservados a las sociedades anónimas. Esa es una pésima redacción legal: lo que se quiso decir es que obviamente puede realizar cualquier actividad civil o comercial, excepto aquellas para las cuales la ley exige un tipo de constitución determinada (por ejemplo, un Banco).
5. No es una sociedad. En el derecho comparado y en Chile en el año 2005, se recogió la figura de la sociedad unipersonal, que es una sociedad que está constituida por un solo socio, que hasta el año 2005 no existía hasta que se incorporó al Código de Comercio. Esta es la sociedad por acciones, que es una sociedad que puede ser constituida por un solo socio. La EIRL no es una sociedad, sino que es una ficción jurídica que permite establecer la distinción entre el patrimonio del titular con el patrimonio de la persona jurídica y, además, permite establecer una limitación de responsabilidad, en el sentido de que las deudas de la EIRL se van a pagar solamente con el patrimonio de la EIRL y no va a existir derecho a persecución de los acreedores de la EIRL sobre los bienes del titular.
6. Será o no será una empresa dependiendo de si cumple con los requisitos para ser una empresa: organización, jerarquía, capital humano; unión de medios materiales e inmateriales para la consecución de un fin mercantil (de lucro). Entonces la EIRL, sin perjuicio de su nombre, puede o no ser una empresa.

### **Paralelo entre sociedad de responsabilidad limitada y la EIRL**

- En la sociedad de responsabilidad limitada tenemos dos o más socios (hasta un límite de 50), mientras que en la EIRL tenemos siempre, sólo un titular.
- En la sociedad de responsabilidad limitada los socios pueden ser personas jurídicas o personas naturales, siempre que se cumpla el requisito de que sean a lo menos dos (2 personas naturales, 2 personas jurídicas, o una y una). En la EIRL el titular siempre tiene que ser una persona natural.
- La SRL puede ser civil o comercial según el giro que tengan. La EIRL, sin perjuicio de que tengan un giro civil o comercial, para efectos de la ley y de las obligaciones de los comerciantes, siempre van a ser comerciantes.
- En la SRL el nombre que tiene que tener la sociedad se determina por una fórmula establecida en la ley: nombre de uno o más socios + mención "Limitada"; o una mención al objeto social + mención "Limitada"; o mención de todos los socios + "Limitada"; o mención del socio X + mención "Limitada", etc. En cambio en la EIRL el nombre va a ser el nombre y el apellido del constituyente, más una referencia al giro, más la mención "EIRL".

### **Constitución.**

La constitución es similar a la constitución de las sociedades anónimas y de las SRL: hay una escritura pública. De esa escritura pública se tiene que publicar un extracto con las menciones que están establecidas en la ley 19.857, y ese extracto tiene que inscribirse en el Registro de Comercio de la ciudad en donde se constituyó la EIRL. En esta materia existe una norma que dice que el domicilio de la EIRL va a ser el lugar donde digan los socios que va a ser. Es decir, uno incluye una cláusula que dice dónde va a estar el domicilio de la EIRL. Pese que la escritura se haya hecho en otro lugar, el domicilio va a ser la comuna en que se inscribió. Si nada se dice en esa cláusula, entonces se entiende que el domicilio es el lugar en que se otorgó la escritura. Antes, si no se inscribía el domicilio se decía que la sociedad era nula. Así que se estableció este mecanismo, pero si no se pone el domicilio (y ahí la ley de saneamiento de vicio de nulidad se hizo extensiva a todas las sociedades y a la EIRL), se entiende que el domicilio va a ser el lugar donde se otorgó la escritura. Si la escritura se otorgó el Santiago, y quería que estuviera inscrita en otro Conservador, mala suerte: tiene que inscribirla en Santiago y modificarla o sanear el vicio de nulidad y decir que no se dijo nada pero que se quería decir ese otro lugar, o constituir otra EIRL. Ese extracto tiene que publicarse dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que se otorgó a escritura. Si no se hace dentro de esos 60 días, el Diario Oficial probablemente lo va a publicar igual, pero el probablemente el conservador no lo inscriba. Pero podría pasar que se inscriba igual, y en ese caso la EIRL sigue estando mal constituida y hay que sanear los vicios de nulidad porque no se constituyó en la forma en que debió haberse constituido.

Los requisitos de la escritura pública de constitución son, en gran parte, similares a los de la SRL (nombre, apellido, estado civil, domicilio), salvo por un par de aspectos: se agrega **edad**, que es un requisito que no existe para ninguna otra persona jurídica en Chile. ¿Por qué es importante la edad? En principio, la sociedad debería disolverse con la muerte de los socios, pero se puede pactar lo contrario y decir que si es que hay dos socios, y se muere uno, la sociedad va a continuar con el socio que viva. Pero, en una EIRL, si se muere el titular no queda nadie. Por eso se pone el requisito de edad. La EIRL otorga una facultad excepcionalísima al permitir constituirse como persona jurídica sin requerir de otro socio, por lo que no se permite que cualquiera lo haga. Otro problema en la ley es que hay dos menciones que no realiza: **profesión** y **cédula de identidad**. Si se constituye la EIRL sin poner estas dos menciones se está constituyendo mal. El problema es que la ley no hace esas dos menciones, pero esas menciones están en el artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales, que las menciona como exigencias de toda escritura pública. Y si no se hacen esas menciones en la escritura pública de constitución, la sociedad va a estar mal constituida.

El nombre de la empresa tiene que incluir, al menos, el nombre y apellido del constituyente, una referencia a las actividades que constituyen el objeto de la empresa, y las palabras “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada”, o las abreviaturas EIRL. Además, tiene que incluir el capital que se aporta a la EIRL. En materia de SRL se puede aportar con dinero, bienes y trabajo. En la EIRL sólo se puede aportar dinero y bienes, no trabajo. Y en ese sentido, habría similitud con la sociedad anónima y la sociedad por acciones.

Otro de los grandes problemas se refiere al objeto o giro de la empresa. La ley 19.857 señala que uno de los requisitos de la escritura de constitución es la actividad económica que constituirá el objeto o giro de la empresa, y el ramo o rubro específico en que dentro de ella se desempeñará. Hay autores que han llegado a considerar que ese requisito está diciendo que uno debe encasillarse sólo en un tipo de actividad económica que se puede desarrollar. No en más de uno. Es decir, bajo ese criterio, uno se constituye o para fabricar o para reparar, por ejemplo. Pero la doctrina actual ha entendido que esa es otra de las tantas imprecisiones del legislador.

El domicilio de la empresa: si se menciona el domicilio, entonces el domicilio será el que dice la escritura. Si no se dice, es el lugar en que se otorgó la escritura pública. Y eso es relevante porque uno puede decir que el domicilio es un lugar distinto o puede constituir la EIRL en un lugar distinto al del domicilio.

El plazo de duración de la EIRL que, si nada se dice, va a ser indefinido, tiene distintas formas de definirse: puede fijarse un plazo (5 años, por ejemplo), o (lo que se hace en la práctica siempre) se puede poner un plazo y establecer una cláusula que indique que ese plazo va a ser renovable por X años si el titular nada dijera dentro de el sexto día anterior al día en que vence, etc. O se puede decir, de entrada, que será indefinida (que es lo que se entiende cuando no se dice nada).

### **Sanción por la inobservancia de las formalidades.**

Por ejemplo si en la escritura de constitución no se puso la edad, o se olvidó poner la profesión y la cédula, la sanción va a ser la nulidad absoluta sin perjuicio de saneamiento. Es decir, la sociedad va a ser nula y va a llevar a una comunidad de bienes como una persona jurídica mal constituida, sin perjuicio de que se va a poder sanear con aplicación de la ley de saneamiento de vicios de nulidad. Lo importante de esa ley es que viene a solucionar un problema práctico, porque había un porcentaje importante de sociedades en Chile que estaban mal constituida de una u otra forma. Y ahora, probablemente siguen existiendo sociedades mal constituidas, lo que pasa es que ahora existe un sistema de solución: ahora si yo constituí mal mi sociedad la ley me permite, mediante un par de pasos, solucionar el problema y dejar la sociedad constituida al momento en que yo pretendí constituirla.

Lo relevante es que si la nulidad se refiere al acto constitutivo (es decir, no es que la modifiqué mal, sino que la constituí mal), el titular va a responder personal e ilimitadamente de las obligaciones contraídas por la sociedad. Es decir, para el legislador, como no tenemos personalidad jurídica y por tanto, no tenemos limitación de patrimonio, se entiende que volvemos a la regla general de que el titular responde con todo su patrimonio.

### **Administración.**

Cuando tenemos una SRL la administración de la SRL corresponde a todos y cada uno de los socios, sin perjuicio de que los mismos socios pueda designar en la misma escritura a uno o más representantes. Acá como no tenemos dos, sino que solo uno, la regla es que ese uno represente. Obviamente, ese uno puede tener una EIRL, puede esa EIRL estar constituida, y puede perfectamente tener factores de comercio; o sea, puede tener mandatarios que actúen por él y lo representen frente a terceros. Y ese titular puede designar a un gerente general que tendrá las facultades de administración, salvo las que estén expresamente excluidas (en positivo; se indica lo que *puede* hacer).

Las EIRL son siempre comerciales, lo que significa que están siempre sometidas a las obligaciones de los comerciantes. Y una de esas obligaciones es la de inscribir los poderes. Por eso, la designación de gerente general, o el otorgamiento de poderes generales o especiales debe hacerse en escritura pública inscrita en el Registro de Comercio, y además anotada al margen de la inscripción de la EIRL.

### **Responsabilidad de la EIRL**

La responsabilidad de la EIRL está limitada al capital aportado. Al decir “el monto está limitado al aporte” se quiere decir que el monto está limitado al capital ya aportado (no a otro capital). En el fondo la idea es que ese capital aportado ya se dejó ir, y no se puede recuperar (está ya

en la otra sociedad). En la ley se utilizó una redacción que da a entender lo correcto. Hasta el más obtuso podría entender que una cosa es lo que se aportó y otra cosa es el patrimonio personal. Así que lo que se dice es que las deudas de la EIRL solo van a ser pagadas con el patrimonio de la EIRL, y que el titular de la EIRL solo responde con su patrimonio en relación al monto que se obligó a aportar. Es decir, si se constituyó diciendo que la EIRL iba a tener un capital de \$3.000.000 aportados en un plazo de 3 años, y desde esos tres años, los acreedores demandan a la EIRL, podrían dirigirse al titular y cobrarle la deuda para poder pagarse su crédito. Pero no se puede ir como una garantía adicional al monto aportado.

Esa es la regla general. La excepción está establecida en el artículo 12 que establece una serie de supuestos en los cuales la responsabilidad de la EIRL va a ser ilimitada. Y esos son casos en los cuales el titular confunde el negocio con su propia persona. Y eso tiene que ver con la llamada teoría del levantamiento del velo corporativo, que se refiere a cuando uno utiliza una persona jurídica para efectos de, por ejemplo, defraudar a los acreedores (por ejemplo, en vez de pagar a los acreedores, el dinero se utiliza para pagar el auto, el dividendo, etc.). En el resto de las personas jurídicas no existe una norma expresa, sin perjuicio de que ha habido proyectos de ley que han buscado que exista una norma expresa al respecto, y ha habido jurisprudencia chilena que ha creado, a falta de norma legal, la teoría del levantamiento del velo corporativo, en sentido que la ley otorga personalidad jurídica para fines lícitos y no para fines ilícitos. El tema es que para la EIRL como estamos en un caso tan excepcional (personalidad jurídica para una sola persona) lo que está tratando de hacerse es que lo que se gane con la EIRL se quede para pagar las deudas de esa EIRL. Y por eso, la ley 19.857 establece expresamente una serie de supuestos donde estamos ante un caso de utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que son por ejemplo, actos o contratos fuera del objeto de la empresa, cuando el sujeto no tiene cuidado y no señala expresamente que está actuando por la empresa, reconocimiento de deudas, contrato simulado, y en el caso en que la empresa fuera declarada en quiebra fraudulenta o culpable.

Sin perjuicio del caso anterior, los acreedores del titular no tienen acción sobre los bienes de la EIRL. Es decir, si uno tiene una EIRL y deja de pagar sus cuentas, sus acreedores no pueden ir contra los bienes de la EIRL, porque es una persona distinta al titular. Lo que sí pueden hacer es, por ejemplo, si la EIRL terminó, la disolví, y la estoy liquidando, el proceso de la liquidación supone la determinación de activos y pasivos de la EIRL, pagos de pasivos, y si quedó un remanente, se devuelve al titular. Entonces podrían embargar el remanente. A su vez, si se retiran utilidades de la EIRL en tanto titular de la persona jurídica, pueden embargar esas utilidades.

Una cuestión relevante como norma de protección es que en los actos entre la EIRL y su titular, la ley exige, para efectos de publicidad, que esos contratos: (i) consten por escrito; (ii) sean protocolizados en Notaría. Tiene que anotarse al margen de la inscripción de la EIRL, con un plazo de 60 días, y hay una pena que se relaciona con el delito de contrato simulado (artículo 470 Código

Penal), que se aplica aumentada en un grado si es que no se deja por escrito porque existe ánimo fraudulento.

Las **causales de terminación** no son taxativas, y también se aplican las demás causales de terminación de la personalidad jurídica:

1. Por voluntad del empresario
2. Por la llegada del plazo previsto en el acto constitutivo;
3. Por el aporte del capital de la empresa individual a una sociedad<sup>2</sup> (sociedad que recibe el aporte responde de obligaciones de la empresa, salvo que titular las asuma);
4. Por quiebra; o
5. Por la muerte del titular (norma especial: los herederos pueden designar un gerente común para la continuación del giro de la empresa hasta por el plazo de un año<sup>3</sup>, al cabo del cual termina la responsabilidad limitada).

La terminación debe declararse por escritura pública, inscribirse y publicarse. Esto es en general, y también se aplica en la SRL, en cuanto a que sin perjuicio de que sea una EIRL o una SRL, la sociedad va a tener un plazo de cinco años no prorrogable para dejar de existir. Pero lo que se hace es que esa sociedad, como último acto tiene que sacar una declaración por escritura pública que señala que cumplido el plazo de cinco años la sociedad se entiende disuelta. Y esa declaración se inscribe al margen de la inscripción de la sociedad, y además, el extracto de esa declaración se publica en el Diario Oficial y se inscribe en el Conservador.

**La EIRL puede transformarse en sociedad, y la sociedad puede transformarse en EIRL.** Pasan de sociedades a EIRL cuando se reúnen en una sola mano la totalidad de las acciones o derechos sociales: en este caso tienen dos opciones:

1. Disolverse (yo pasé a ser el único socio de una SRL) y que todo lo que sobre pase a mi patrimonio.
2. Dentro del plazo de 30 días desde que la sociedad tiene todas las acciones en una sola mano, transformarla en EIRL<sup>4</sup>.

Si yo paso de una EIRL a una sociedad, la ley dice que se puede transformar en cualquier sociedad (SRL, SA, SpA, etc.), cumpliendo los requisitos del respectivo tipo social. Y acá la pregunta relevante es si es que se requiere que exista otro socio dentro de esos requisitos: depende. Tratándose de las sociedades por acciones uno podría transformarse en una sociedad sin tener otro socio.

---

<sup>2</sup> En el fondo el titular se asocia a otra persona, constituyendo una SRL.

<sup>3</sup> La idea del plazo corto es simplemente dejar un tiempo para que la liquidación se efectúe; no es que el heredero haga negocios.

<sup>4</sup> En el caso de la disolución de las Sociedades Anónimas es distinto, porque las sociedades anónimas se disuelven luego de 10 días ininterrumpidos en que las acciones están en una sola mano (en el fondo no hay 30 días sino 10).

## Sociedades

Personalidad jurídica, situaciones especiales durante su vida:

a) Modificaciones estatutarias. En Chile, los contratos de sociedad y los estatutos normalmente se incorporan en el mismo instrumento, a pesar de ser elementos distintos. Por ello tienden a confundirse, pero son elementos distintos, y uno de los momentos en que podemos distinguirlo es el caso del cambio de derecho de los socios.

Se plantea como una cuestión de cambio del contrato y desde esa perspectiva, surgen:

- **requisitos de forma:** mantención de la solemnidad correlativa. Por regla general, los contratos de sociedad son de tipo solemne. Constituye no solo un requisito vía solemnidad, sino también vía de prueba y vía de publicidad, en este contexto, las leyes permiten generar reglas que permiten que se junten los cambios de estatuto con las solemnidades.

En el caso de sociedades de personas, la regulación es bastante útil, pues establece que las modificaciones deben cumplir los mismos requisitos que las constituciones. Esto es porque en este tipo de sociedades los cambios ocurren por concurrencia unánime de los socios.

No es así en el caso de las sociedades de capital, en que los cambios se adoptan por mayoría de los socios en una junta extraordinaria de accionistas. La ley sobre sociedades anónimas genera la reducción a escritura pública del acta de la junta extraordinaria de accionistas (acta que tiene carácter de instrumento privado).

La reducción a escritura pública es una forma de escritura pública en que una persona con atribuciones suficientes otorgadas por la junta, solicita a un notario que transcriba el contenido del acta a escritura pública. De esta forma se cumpliría con que “las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen”.

- **requisitos de fondo: Se cumplirá con las leyes correlativas.**

Se puede modificar una gran variedad de cosas, con el límite que no se puede modificar el tipo social. Pero aun perseverando en el tipo social, pueden existir modificaciones estatutarias cambiando el negocio de la sociedad original, estos cambios se hacen por unanimidad de los socios en las sociedades de personas y cada socio tiene derecho a veto.

En caso de las sociedades de capital, la ley exige una gran mayoría de los socios a fin de modificar el negocio (**quórum calificado**) y además se plantea un **derecho a retiro**, económicamente, este socio venderá su cuota de participación donde el comprador será la sociedad. La situación curiosa es que la sociedad pasaría a ser “dueña de sí misma”, ya que la sociedad está formada por el porcentaje que aportan cada socio. La ley establece que la sociedad compra estos derechos sociales (compra forzada) pero luego está obligada a venderlos a terceros, si no lo hace, se va a disminuir el capital de pleno derecho.

Se distingue de la venta de la cuota del socio a cualquier tercero, en que esta es una venta forzada para la sociedad, el precio viene dado por una norma de la ley (valor de mercado) y cuando este no se consigue, al valor de libros.

Sea la ley de sociedades de personas, sea de sociedades de capital, buscará preservar el negocio de los socios.

#### Cambios estatutarios que perjudican a los acreedores:

Este tema en Chile no tiene una regulación orgánica, se encuentran normas dispersas que tienden a favorecer a los acreedores.

Esto se dará, por ejemplo, si la sociedad decide disminuir el capital y los socios se pagarán de los activos. Por tanto, la relación de riesgo para los acreedores (deuda/capital) aumentará.

Por esto es que existen ciertas reglas en materia de sociedades que enaltece el derecho de los acreedores para proteger sus derechos ante modificaciones estatutarias que los perjudiquen.

En Chile, en el caso de la disminución de capital social, la regulación contiene pequeños eventos de protección para el acreedor. Sin embargo, encontramos algunas reglas dispersas, por ejemplo, en materia de sociedades anónimas se establece la obligación de publicar la decisión de disminuir el capital con un cierto plazo. En materia de quiebra se establece que las disminuciones de capital que aún no se han pagado a los accionistas, el crédito de estos es subordinado al resto de los acreedores.

El **gran mecanismo auxiliar del acreedor** para asegurar sus derechos, es la acción revocatoria (acción *pauliana*). Los cambios estatutarios que perjudican a acreedores también son susceptibles de la acción *pauliana* (inoponibilidad para los terceros del contrato).

La teoría del levantamiento del velo, no es sino una aplicación práctica de la acción revocatoria, en que la ley intenta evitar considerar a la persona jurídica tras la cual se esconden los bienes del deudor.

Otro evento de preservación de la persona jurídica, que supone un cambio estructural, es el evento de la transformación social, por ejemplo, de una sociedad colectiva a una sociedad de responsabilidad limitada.

¿Qué pasa con la limitación de responsabilidad? Los actos realizados con anterioridad a esta transformación, quedarían exentos de esta limitación de responsabilidad (inoponibilidad).

Este fenómeno se regula a partir de la ley sobre sociedades anónimas (1981), pero se ha aceptado a todo nivel. (esto es, antes por doctrina se aceptaba en la sociedad anónima. Hoy se aceptan las transformaciones a todo nivel, y eso sin norma escrita al respecto)

Uno de los temas del uso práctico de la transformación social, es variadísimo. La causa debe ser lícita (por tanto, si se produce con efectos de perjudicar al acreedor, se puede ejercer acción de inoponibilidad, acción de nulidad, teoría del levantamiento del velo, etc.).

Puede ser usado para arbitrar en materia arbitraria tributaria, lo que tiene que ver con la diferente regulación tributaria que existe para las sociedades de personas, en comparación con las sociedades de capital. También puede ser usado para apertura social, normalmente un negocio se comenzara al amparo de una sociedad de personas y a medida que este crezca y requiera levantar capital al mercado, pasará a ser importante el levantamiento de capital y será conveniente pasar a una sociedad de capital.

Solemnidad de la transformación social: La solemnidad es relevante para la validez del contrato y para hacer nacer una persona jurídica que contraerá derechos y obligaciones. La legislación chilena regula esto estableciendo que la solemnidad de la transformación, es la suma de las dos solemnidades, se debe cumplir con el estándar más alto o con los dos, si son diferentes. Sólo cuando se haya cumplido el último acto de solemnidad, se dará cuenta de la transformación.

Por ejemplo, el paso de una sociedad anónima a una sociedad de responsabilidad limitada. Para modificar una sociedad anónima se debe pasar por una junta de accionistas, un acta, una reducción del acta a escritura pública (firmada por un apoderado dotado de facultades por la junta) y la inscripción de un extracto de esta en el conservador de comercio. Para la constitución de la sociedad de responsabilidad limitada, faltaría una segunda escritura a la que deben concurrir todos los socios (en el caso de la constitución de responsabilidad limitada, se requiere la unanimidad de los socios).

#### División social:

Una persona jurídica hace nacer a otra persona jurídica, a lo menos, habiendo una sociedad continuadora o sociedad madre. Por lo tanto, la persona jurídica original se escinde en más de una. Puede haber tantas divisiones cuantas se quieran.

No hay un acto de transferencia, es decir, este acto por el cual la sociedad madre crea otra sociedad, es un acto de adjudicación o asignación (en derecho civil se da en el ámbito sucesorio, en el acto de la partición, también en el caso de comuneros, son actos meramente declarativos y no de transferencia). Al no ser actos de transferencia, tiene impacto en los títulos traslativos de dominio, ciertos impuestos (ejemplo, el IVA).

El que no exista un acto de transferencia, hace que la división sea muy común. El resultado práctico podría ser perfectamente el mismo si se realiza un acto de compraventa entre ambas sociedades, existiendo un acto de enajenación, y por ello, se aplicaría el IVA, por ejemplo.

La sociedad madre nunca se extingue.

La distribución patrimonial es muy relevante, pues marcará el tamaño del patrimonio que queda en la sociedad original y el que queda en la nueva.

Los socios son exactamente los mismos.

La distribución de los acreedores es un tema muy relevante. Básicamente aquí existirá un cambio de deudor (novación), por tanto el acreedor deberá aceptar al nuevo deudor y liberar al original, si no lo hace, existirá una delegación imperfecta.

Un efecto muy práctico de la división tiene que ver con los socios, cuando se divide la sociedad, se hace un espejo de la sociedad original en cada una de las sociedades nuevas, éstas deben sumar el mismo objeto que la sociedad original.

**Canje de participación:** Permuta. Segundo acto muy vinculado a la división que supone que entre los accionistas se canjean las acciones para quedarse cada uno con un negocio independiente.

La separación de negocio entre los accionistas no basta la división, se requiere el canje de participación.

Se habló de la transformación, modificación y división social. Hoy, fusión y cambio de socios. Todo a propósito del análisis de si son alteraciones a la personalidad jurídica. Se concluye que esta no se altera, esta nace y se extingue. Su estructura contractual puede ir cambiando con el tiempo, pero desde el punto de vista de su existencia esta no se altera.

Cuestión de la fusión de las sociedades. La división social es algo así como la procreación de las sociedades. Y la fusión es algo así como un matrimonio de 2 o más sociedades.

### ➤ **Fusiones de sociedades – ¿hay acto de transferencia?**

#### ➤ **Propia, por incorporación o creación**

Así como en la división social hay una premisa muy relevante y es que no hay un acto de transferencia sino que un acto de adjudicación, o asignación de patrimonio que hace en definitiva que la división social sea un mecanismo muy utilizado para efectos de generar distribuciones patrimoniales.

En el caso de la fusión, la pregunta es si existe o un acto de transferencia. La respuesta se dará en fusión del tipo de sociedades que estemos mirando. Como en todo patrimonio se requiere de 2 entidades.

Una de las primeras cuestiones es la identidad en torno a la persona jurídica. O sea, es posible fusionar entidades de distinta personalidad jurídica. La práctica comercial dice que sí, porque al final se genera una sociedad que subsume a las 2 y ella continúa con sus estatutos.

Luego la pregunta es si surge una nueva entidad o más bien utilizamos a las entidades antiguas y pre-existentes. Aquí es donde se crea la figura de la fusión por incorporación o la fusión por creación. La figura de la fusión por incorporación respeta la identidad de una de las personas jurídicas pre-existentes, es decir, hay una continuadora y hay una que se disuelve por el hecho de incorporación a la primera. Hay otro evento que es la fusión por creación, que se trata básicamente de que estas 2 entidades que<sup>3</sup> deciden fusionarse, crean una <sup>3</sup>a a la cual ambas se incorporan. Claramente en este evento no hay una continuidad de persona jurídica, sino que hay una persona jurídica nueva.

Ambos eventos en ambos casos son fusiones participación, y la decisión está en manos de los socios, o sea, son los socios de estas entidades los que toman las decisiones de fusionarse, en las fusiones propias, sea incorporándose a una entidad o creando. Es una decisión de los socios porque abarca o se refiere justamente a un acto jurídico que recae sobre las participaciones que tienen los socios en esas entidades.

#### ➤ **Impropia, por absorción (tenencia en una sola mano)**

Otra cosa distinta es la fusión por absorción u fusión impropia, donde encontramos una sociedad que adquiere el 100% de los derechos de participación de otra. En este caso, tenemos que hay una fusión por compra, en tanto título traslativo de dominio, y la decisión acá es de la sociedad absorbente, porque la administración de esta entidad lo que decide es adquirir el 100% de la participación de la 2ª entidad. Este fenómeno se denomina fusión impropia.

La única ley que trata de materia de fusiones, tal como de transformaciones y divisiones, que la ley sobre sociedades anónimas, no obstante su aplicación a otras entidades de distinta naturaleza, la ley no refiere a este como un caso de fusión. Simplemente se le da el tratamiento como fusión a partir de los efectos que esta circunstancia contiene.

Para estos efectos es consustancial a la fusión impropia que tengamos una entidad que se disuelva por la tenencia de todas las participaciones en una sola mano. La fusión impropia por absorción no se da nunca en el caso de entidades que no se disuelven por hecho de que exista un solo partícipe. En Chile por regla general, las sociedades si requiere de 2 o más socios, y la sociedad terminara cuando un socio tiene la posesión de todos los derechos de participación en la misma. Pero hay excepciones. Hoy en día tenemos la figura de la sociedad por acciones.

Una y otra, llevan a un efecto más o menos similar, en el sentido de que... en el caso de la fusión de 2 o más entidades que tienen 2 patrimonios distintos, en el ejemplo de una fusión por creación, vamos a tener un patrimonio que va a ser la sumatoria de las partidas de los otros 2 patrimonios, donde las partidas de activos se confunden en una sola, las de pasivos se confunden en una sola y las de patrimonio también se confunden en una sola. Ergo, lo que pasa es que se integran a un solo patrimonio todos los derechos y obligaciones de los patrimonios existente previos a la fusión.

Desde el punto de vista jurídico surge la pregunta de si esta integración de patrimonios con respecto al particular, los activos y pasivos, constituye o no un acto de transferencia. ¿Hay transferencia de activos y pasivos en alguno de estos eventos? ¿El acto o contrato de la fusión, sobre que recae? no recae sobre activos y pasivos, sino que sobre la cuota de participación. Entonces no hay un acto de transferencia de activos y pasivos, hay una transferencia de cuota de participación. Entonces, jurídicamente se entiende que en la fusión de patrimonios no hay una transferencia, sino que solamente es una consecuencia de la disolución de una persona jurídica previa que es absorbida en la nueva entidad o en la entidad preexistente que toma o recibe este patrimonio.

¿Cuál es la posición que tienen los acreedores en la fusión, si se compara los acreedores de la división? Si uno viera intuitivamente, ¿en qué posición quedan los acreedores del patrimonio fusionado? En el ejemplo que se está usando, quedaría igual.

Así como en la división los acreedores tienen a salvo medios auxiliares para evitar que se les perjudique, y particularmente mediante la aplicación de la delegación imperfecta, no existencia de novación, podrían perseguir ellos en los bienes de cualquiera de las antiguas sociedades objeto de la división... en el caso de la fusión, la posición de los acreedores es relativa. Así como en la división todos los acreedores podrían perseguir en cualquiera de los bienes de cualquiera de las sociedades divididas, en el caso de la fusión, esta cuestión es relativa, y depende de la posición de beneficio o perjuicio que cada acreedor tuvo. Porque este acreedor que tenía una relación entre deuda/patrimonio de 80 sobre 100, que tenía una cobertura muy pequeña y que hoy es de 100 sobre 200 y con mejor cobertura, claramente salió beneficiado y tiene mayor espacio de recuperación del que tenía antes. Ergo, es muy posible que una medida auxiliar de este acreedor no vaya a prosperar, y la de este sí.

En todas estas materias –transformación, fusión, división y modificación-, es muy relevante ver siempre la posición de los socios, es decir, cuales son los efectos patrimoniales, y la posición de los acreedores, es decir, cual es la posición en que quedan estos y su potencial perjuicio en cada uno de estos eventos.

## Cambio de socios.

### ➤ Preservación, a pesar del cambio de socios

¿Las sociedades nacen y mueren con los mismos socios? No. Los derechos sociales son cosas que no están fuera del comercio, es decir, son comerciables porque se pueden ceder. ¿Hay alguna distinción que hacer entre sociedades de personas y sociedades de capital para efectos de hablar de cesiones de derechos? (compañera responde algo). Hay 2 mundos totalmente distintos en materia decisión. Cuando estamos hablando de derechos en sociedades de personas, esa cesión tiene que ser autorizada por los otros socios. En el caso de la sociedad de capital, normalmente estos pueden ceder libremente sus acciones. Esto es la regla general.

**El art. 404 N° 3 y el art. 2088 del CC**, refrenan la cuestión del rendimiento de la utilización para la cesión de los derechos y participaciones en los derechos sociales. Por lo tanto en la práctica, la cesión de derechos sociales se requiere necesariamente la concurrencia de la unanimidad de los socios para efectos de autorizar la cesión de los derechos sociales. En la cesión de los derechos sociales, a diferencia de lo que ocurre en materia de sociedades de capital, en donde el accionista puede ceder libremente sus acciones. Otra cosa es la forma en cómo se ceden las acciones.

Respecto de las sociedades de capital, la cesión es libre, y respecto de las sociedades de personas, la cesión requiere necesariamente la autorización de los socios, por el carácter intuito persona de la sociedad.

Otro tema relevante con respecto de la **cesión de los derechos de las sociedades de personas**, dice relación con esta división entre el contrato de sociedad y los estatutos sociales. En Chile se confunden en un solo instrumento. El carácter contractual permite que en las cesiones de derechos sociales se puedan ligar como un elemento independiente de la sociedad. Entonces si constituyo una sociedad con todos los socios concurriendo a una escritura pública y la aprovechan de darse los estatutos de la misma, y más tarde uno de los socios decide ceder sus derechos sociales, esa cesión de derechos sociales tiene un rol independiente de los estatutos propiamente tal, pero solo se va a incorporar a los estatutos el nuevo socio cuando se hayan originado las modificaciones estatutarias de acuerdo a las solemnidades relativas.

En Chile, tenemos que el pacto social confluyen 2 cosas: el contrato y los estatutos. Donde el contrato es el acto jurídico por el cual 2 o más socios contraen un contrato de sociedad, y en materia de estatutos es la reglamentación que esa sociedad se da para regir internamente a esa persona que nace con ocasión del acto constitutivo.

Cuando hablamos de la cesión de derechos sociales, estamos atacando la perspectiva del contrato, en donde el socio A le cede al socio B. Y esa cesión se perfecciona por el cumplimiento del requisito de la solemnidad que corresponda al acto o contrato respectivo. Otra cosa distinta es que para que B pueda ser incorporado a los estatutos se requiera además agregar una modificación estatutaria en los estatutos de la sociedad, en donde se reconozca a B como socio de la misma, de manera de que el acto pueda ser oponible a 3°.

En la práctica una y otra cuestión, la cesión de los derechos sociales y la modificación estatutaria en donde se reconoce la incorporación del nuevo socio, o el efecto de la cesión correlativa, se dan también en un solo instrumento, pero hay que tener en cuenta que la naturaleza de uno y otro son radicalmente distintos,

desde el punto de vista de su perfeccionamiento y de su oponibilidad a 3°.

Estos cambios de socios o modificaciones sociales, se dan típicamente en escrituras modificatorias de estatutos. Pero también hay situaciones excepcionales en las cuales puede haber cambio de socios de una manera indirecta, y son básicamente los casos que están referidos a continuación:

1.- **Cambios de socios por la vía del aumento de capital:** Es el caso de modificación de los socios por la vía del aumento de capital. Cuando una sociedad, en la figura del balance, tiene representado su patrimonio acá, y decide incorporar nuevo patrimonio para mejorar su posición, de manera tal que esa sociedad termine de esta manera. Este patrimonio de acá, este capital nuevo que se incorpora de la misma manera que el capital original, debe ser aportado por alguien, sino no pasa de ser una mera expectativa que la sociedad tiene. Los aportantes, al aportar con cargo al aumento de capital, lo que están haciendo es incorporarse como socios de la sociedad. Si ya son socios, lo que hacen es aumentar su participación en la sociedad, si no lo son, se incorporan. Por lo tanto, el aumento de capital conlleva necesariamente un efecto de cambio en la participación de la sociedad, y puede que conlleve también un cambio en las persona de los socios.

Por lo tanto, este evento, al igual que el otro en materia de sociedades de personas, requiere siempre de la presencia de todos los socios que así lo acuerden o pacten.

2.- **Cambios de socios por la vía de la fusión:** Hay también eventos de cambio indirecto de socios o de modificaciones en los casos de cambio de socios por la vía de la fusión. Como se veía recién, cuando 2 entidades se fusionan, los accionistas o los socios que participaban en los antiguos vehículos, se juntan en uno solo y por lo tanto podemos ver también allí eventos de cambio de socios.

3.- **Canje en el caso de la división:** Y finalmente, otro evento que vemos también en materia de cambio de socios, que no es muy distinto de la cesión, es el canje de acciones o participaciones, en el caso de la división societaria. Después de la división, potenciar el canje para que el patrimonio, una vez dividido se distribuya entre los distintos socios de la sociedad de origen. Esto no constituye la modificación de la persona jurídica.

### **Renuncia, remoción y muerte de un socio.**

Dentro de esta temática, siempre dentro del mundo de los cambios que ocurre para la persona jurídica durante su vida, un gran tema: eventos de renuncia, remoción y muerte de un socio. En este análisis, la potencial disolución de la sociedad de que se trate.

**Muerte.** ¿Hay que hacer alguna distinción entre sociedad de personas y sociedad de capitales? Las sociedades de personas son intuitu persona, así que no da lo mismo si un socio muere. Si ocurre ¿continúa o no viva la sociedad? No es necesario disolver la sociedad, porque puede continuar con los otros socios. ¿Y puede la sociedad continuar con los herederos del difunto?

La regla de la ley está establecida en el art. 2103 del CC, según la cual la muerte de un socio disuelve

la sociedad, salvo que por disposición de la ley o por acuerdo de los socios, se continúe entre los socios sobrevivientes y los herederos del difunto, o sin ellos.

Esta regla responde a las 2 cuestiones planteadas: ¿se disuelve necesariamente la sociedad, por el hecho de fallecer una persona? La regla general es que si se disuelve. El carácter de esa persona es tan importante que la disuelve. La excepción es que no es necesario llegar al evento de disolución, en el evento de que una ley o contrato hayan dispuesto lo contrario. En los estatutos se declara que no se disuelve la sociedad por la muerte de uno de los socios.

Esto también resuelve la cuestión de la continuidad o no de los herederos. Como la excepción requiere de una regla accidental que se incorpora a los estatutos, no es una cuestión que viene dada por la ley necesariamente. Al incorporarse esa norma al estatuto se incorpora con la decisión de si los herederos persiguen o no en la sociedad. De manera de que la misma regla que declara que la muerte de un socios no provoca la disolución es la misma regla que decidirá si se continuara o no con los herederos del difunto.

Si la sociedad de personas se disuelve, entramos en el proceso de liquidación. Si la sociedad no se disuelve no hay liquidación, porque para que haya se requiere una causal de disolución. ¿Qué pasa si se pacta que no se continúa con los herederos del difunto? Hay una liquidación parcial, porque es necesario liquidar —entregar o pagar sus aportes— a los herederos del difunto, porque claramente hay un activo que le pertenecía al socio difunto, que está incorporado a ese patrimonio social, de manera de que si los herederos no son invitados a esta fiesta por lo menos se tienen que llevar lo que les correspondía en esa fiesta.

Renuncia. ¿Qué pasa con los eventos de renuncia? ¿Puede renunciar un socio a una sociedad de persona? Si la sociedad es mirada como un contrato, ¿podemos decir que la renuncia a un contrato existe? En un contrato de C-V de ejecución diferida, ¿la renuncia a la posición contractual vale? Unilateralmente no. En un contrato de C-V, el comprador de ejecución diferida, donde se plantea que en 10 días más las partes vana intercambiar la cosa y el precio, ¿el comprador puede renunciar a su posición y a los derechos y obligaciones correlativas? No. ¿Pero puede renunciar a una parte de esos efectos? En la posición del comprador, su derecho es que le entreguen la cosa, y su obligación el pago ¿Es lo mismo renunciar al derecho que a la obligación? No.

¿Se extinguen las obligaciones por la renuncia? No. Si uno renuncia a la deuda, esta sigue viva y coleando porque lo que se puede renunciar son los derechos y no las obligaciones. Los derechos son los que miran en el propio interés individual, y se puede renunciar a ellos en la medida de que estén en el interés propio y que se hayan incorporado al patrimonio.

Entonces el comprador en una C-V de ejecución diferida puede renunciar a su posición, pero lo que pasa es que esa renuncia tendrá efectos solo en lo que dice relación con la posición activa de esa relación jurídica, es decir, él va a renunciar a exigir la entrega de la cosa, mas no puede renunciar a la obligación de pago del precio, porque está incorporada como activo o bien correlativamente al vendedor, y este verá si se exige o no este derecho.

Esto que se ha planteado, es susceptible de renunciar a la sociedad, ¿es razonable plantearla en cada contrato?

En la sociedad pareciera que si es necesario plantearse la cuestión de la renuncia como un elemento valido y susceptible de tener efectos en las personas. Y de hecho las reglas de la ley dicen exactamente en el

art. 2108 del CC, que la sociedad expira si renuncia uno de los socios. La regla general es esta. Pero esta situación es una excepción en el derecho general, porque estamos hablando de una renuncia que produce un impacto en la posición de los demás contratantes, de manera que la ley aquí lo que hace es exacerbar la posición o carácter intuitu persona del contrato, asume que la voluntad de los socios fue plantear que esta sociedad solo sirve, solo tiene sentido si es que todos los socios continúan en ella, de tal manera de que aquí hay una imposición al régimen de autonomía de voluntad que la ley le hace a este contrato de sociedad, a diferencia de lo que ocurre con una posición contractual tradicional.

Ahora, así como la sociedad expira si renuncia uno de los socios, también la ley establece límites a esta renuncia.

- (i) Así como entiende y asume que esta sociedad se pacto para que continuara con todos los socios, lo que no permite la ley es que aquel que renuncia y produce este impacto en los demás por su declaración unilateral de voluntad pueda hacerlo a su forma y criterio, cómo y cuando quiera. Por eso es que la ley impone un cierto estándar para que esta declaración unilateral si tenga efectos. Tiene que ser una renuncia: de buena fe y tempestiva (en tiempo oportuno). Estos estándares son propios de los estándares que se exigen para las declaraciones unilaterales de voluntad que tienen efectos de acuerdo a la ley. Hay que recordar que en general, las declaraciones unilaterales de voluntad no tienen más efectos que obligar a quien que las formula y solo eventualmente van a tener efectos respecto de 3º cuando la ley lo establece, lo que se hace generalmente regulando ciertos estándares. El caso típico preparación de los contratos: oferta de buena fe; renuncia de una sociedad: renuncia tempestiva y de buena fe.
- (ii) Otro limite a la renuncia que se refiere al administrador estatutario. Este es aquel designado en los estatutos, aquel que representa a sociedad y otorga por cuenta de la sociedad los actos o contratos correlativos, de manera de que este administrador estatutario no puede renunciar a su cargo. A él le está vetada la renuncia, porque se entiende que esta produce un perjuicio para la sociedad, salvo que se haya previsto en los mismos estatutos, es decir, salvo que los mismos socios hayan dejado abierta esta posibilidad, porque la renuncia se está atribuyendo como una prohibición que el legislador le asigna a la autonomía de la voluntad.

La remoción. En materia de contratos, ¿una contraparte contractual puede remover a otra de ese contrato? La remoción de contraparte en un contrato no es aceptable, nuevamente porque se involucra el ejercicio de derechos correlativos de la otra parte, y esos derechos correlativos le pertenecen a esa persona y no a otra.

Salvo en materia de sociedades, donde nuevamente tenemos un tratamiento particular. Exacerbación del carácter intuitu persona, en materia de sociedades de personas.

La ley establece que un socio administrador no puede ser removido de su cargo, salvo en los casos previstos o en los casos en que haya causa grave, como falta de confianza o incapacidad de administración. O sea, se puede remover al socios y sacarlo de su cargo de administrador cuando el básicamente está incumpliendo obligaciones, o se está colocando en un estándar tal que es de presumir que va a incumplir

obligaciones. El primero, incumplimiento de su estándar de administración, y el segundo falta de confianza. Entonces la remoción si es un elemento que entre en materia de sociedad, pero no respecto del carácter de socio, sino que respecto del carácter de administrador. Se le remueve de un aspecto estatutario, pero no de su carácter de socio. Lo que pasa es que la remoción cuando no se hace de esta manera, pone fin a la sociedad, que en realidad es una remoción que en la práctica no existe, porque no puedo remover la calidad de socio de mis co-socios. Solo puedo remover la calidad de administrador del socio administrador. Ergo, cuando efectuó esta remoción, la sociedad continua, no se afecta a un evento de disolución.

## Administración de la sociedad

En materia de SRL, la ley 3.918 no establece reglas particulares respecto de la administración, por tanto, la regulación de este tema se realiza a través de lo dispuesto en el CC en el caso de las SRL civiles, y por el código de comercio para las SRL mercantiles.

### Principios de la administración de la sociedad

A) El primer gran principio que hay que atender aquí es que existe libertad de los socios para producir el mecanismo de administración de la sociedad, es decir, a diferencia del caso de la sociedad de capital -como caso típico de la sociedad anónima-, no existe en la SRL una estructura a la que tengan que atenerse obligatoriamente los socios al momento de decidir la administración de la sociedad. En el caso de las sociedades anónimas (SA) existe una estructura dada, que es el directorio, que es el órgano máximo de administración de la sociedad. Y este directorio a su vez delega sus facultades en gerentes o ejecutivos que son los que al final del día llevan la tarea diaria de la sociedad. En el caso de las SRL, esta estructura no está dada por ley, sino que es posible que los socios la acuerden con la mayor de las libertades

Ahora, existen ciertas restricciones:

**1.- Art. 352 Código de Comercio: la SRL deben tener un órgano de administración.** En el caso de que no se designara un órgano administrador o un equivalente, se deja que todos los socios administren con las mismas facultades. Pero en general, el derecho chileno, en la práctica de las sociedades, las sociedades cuentan en su estatuto con una cláusula de administración de la sociedad, que establece quien va a estar encargado de la administración, representación y uso de la razón social de la sociedad respectiva.

La libertad de los socios comprende que a pesar de haber designado un órgano de administración, los socios pueden reservarse para sí ciertas decisiones de administración particularmente relevantes, entre ellas por ejemplo, las decisiones de presupuestos anuales, las decisiones de titulares de inversión, etc. Estas decisiones pueden ser entregadas a los socios y no entregadas al órgano administrador.

La libertad de administración supone que los administradores designados pueden ser personas naturales o personas jurídicas. Pueden ser uno o varios, y dependiendo de si son varios, hay muchas reglas supletorias en materia de administración conjunta, en el caso de las SRL.

**2.- El órgano de administración de la SRL debe contar esencialmente con facultades de administración:** no se cumple el requisito legal del art. 352, y por tanto habría un vicio de nulidad en la SRL, si es que por ejemplo se designa un administrador incapaz, o si se designa otra sociedad persona jurídica que este en proceso de liquidación, que no puede realizar los actos jurídicos necesarios para la administración de la sociedad. La designación de la administración debe tener un aspecto de seriedad, en el sentido de que en verdad se ocupe de los asuntos de la sociedad a diario.

Además, existen ciertas reglas que deben respetarse.

1.- Por de pronto, puede decirse que no se podría por vía de libertad al momento de organizarse la

administración de la SRL eximirse al administrador de su obligación de rendir cuentas. Esta obligación tiene que ver con la asimilación de su figura a la de un mandatario. Sin perjuicio de que está regulado en la ley, no se dice como debe realizarse esta obligación de rendir cuentas. La costumbre mercantil asume que en los casos de SRL, la forma que se tiene para rendir cuentas el administrador es entregando informes en el caso de la sociedad anónima, pero se extrapola a la SRL.

¿Cuál es la ocasión en que la administración comparece ante la propiedad de los dueños —en el caso de las SA los accionistas, y en el caso de las SRL los socios— en que se entejan estos informes de gestión o informes de administración? La junta de accionistas en el caso de la SA, que se realizan generalmente a principios de cada año. La junta ordinaria de accionistas tiene un montón de materias, pero la primera de ellas es que comparece la administración para rendir cuentas de la administración realizada durante el ejercicio fiscal inmediatamente anterior. O sea, para el caso de las SA, la administración comparece a decirle a los dueños de la sociedad, la gestión durante el ejercicio anterior, es decir, desde el 1º de enero al 31 de diciembre del año pasado. Estos resultados en la práctica están representados en el balance, que le permite a los dueños de la SRL tener una foto un poco más dinámica de lo que está sucediendo en la sociedad.

2.- Típicamente la rendición de cuentas del administrador en la SRL se realiza mediante la presentación del balance. Nada obsta a que se establezcan momentáneamente otros medios de rendición de cuentas.

Las SRL se utilizan básicamente para pequeños y medianos emprendimientos y para sociedades de inversión o “family office”. Sucede muy a menudo con estos family office o sociedades de inversión que las familias con un patrimonio alto intentan administrar ese patrimonio a través de la SRL. ¿Pero a estas les basta con que le presenten un balance al final del día? Probablemente en estos casos, y es muy habitual, es que el family office, junto con la obligación de presentar el balance designen en el estatuto social a un mecanismo de fiscalización de la administración, y ese mecanismo de fiscalización ejerce efectivamente esto mismo, y solicita rendir cuentas de manera más detallada. Típicamente estos organismos de fiscalización son las auditorías.

3.- No pueden por vía estatutaria los socios alterar el régimen legal de responsabilidad de los administradores. En materia civil, el régimen de responsabilidad de que responden los administradores supone culpa leve respecto de las actuaciones que hayan realizado como administradores de la sociedad. Pero además, los administradores de la sociedad están sujetos a un régimen distinto de responsabilidad que la civil, según lo cual por ejemplo, pueden cometer delitos en su función como administrador, e incluso delitos contra la propia sociedad. La ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas contempla tipos penales especiales, en que se sanciona por ejemplo que no se pueda financiar el terrorismo, el lavado de dinero y el cohecho. Esta ley establece que las personas jurídicas pueden ser autores o tener un grado de participación respecto de un delito. Las personas jurídicas dentro de su organización deben establecer funciones de control, reporte, de denuncia.

**B)** La ley —tanto el CC como el Código de Comercio— tiene reglas de cierto modo supletorias y que permiten orientar la función y responsabilidad de los administradores en ciertas materias puntuales:

- i) La ley distingue entre administrador estatutario y administrador mandatario. El administrador estatutario es aquel que es designado como tal en el acto de constitución, es decir, en los estatutos de la SRL o en virtud de alguna modificación de los estatutos de la SRL. En el fondo es aquel que

está en la clausula de administración, representación y uso de la razón social dentro del estatuto social. La doctrina considera que la designación del administrador estatutario constituye el elemento esencial en el estatuto social, y por tanto su modificación no puede ser adoptada sino de consuno por todos los socios, al igual que todas las modificaciones sociales.

Por otro lado tenemos al administrador mandatario, que son aquellos que son designados por el régimen de administración que tenga el carácter estatutario. Se designación, remoción o renovación no requiere que los socios actúen de consuno, sino que debe aplicarse al caso para tomar esta decisión el mecanismo señalado en el estatuto, y si nada se dice, en el CC se establece que las decisiones se toman por los socios por mayoría en una votación.

- ii) Pluralidad de administradores: si se designan varios administradores, y nada se dice de la manera en que van a tener que actuar entonces cada uno tendrá facultades para actuar individualmente. Si es que se estipulan reglas respecto de la actuación de los administradores en el estatuto social, y estas reglas se infringen, la consecuencia de dicha infracción va a depender de si estamos en presencia de una SRL de carácter civil o de carácter comercial. Por ejemplo, si la sociedad ha dispuesto de 4 socios administradores y se ha dicho que van tener que actuar de manera conjunta 2 de cualquiera de ellos, en todas las ocasiones. Si esto se infringe habrá que estarse al estatuto de la sociedad. Si esta es civil, el acto así celebrado, no le empece a la sociedad y responderá el administrador que se excedió de sus facultades. Si es que es mercantil, el acto surte pleno efectos respecto de 3° de buena fe.
- iii) Facultades de los administradores: lo típico es que al momento de designar un administrador en el estatuto de la sociedad, se individualicen además todas las facultades de ese administrador para poder actuar en la vida de la sociedad. En el extraño caso de que los socios nada digan en este tema, se entiende que el administrador podrá actuar dentro del giro ordinario de los negocios de la sociedad. \*El giro ordinario es el que aparece en los estatutos, y el extraordinario que excede de estos, que en la práctica se realiza igual pese a que no esté en los estatutos.
- iv) Facultad del resto de los socios de oponerse a las decisiones de la administración por un lado, o de designar un coadministrador por otro lado. En las SRL de carácter civil, está regulado en el art. 2075 del CC. Se establece un derecho de los co-socios de oponerse a los actos del administrador en tanto no hayan producido efectos legales, como en una condición suspensiva. Si es que esa oposición supone un quebrantamiento o infracción o incumplimiento contractual respecto de 3° que entro en ese acto con el administrador que está siendo restringido, la sociedad tendrá que indemnizar, y podrá rescindir ese acto o verse forzada a cumplir la obligación, todo según las reglas generales.

En materia de SRL comercial, los co-socios no tienen la misma facultad. Sin embargo tienen otra facultad que está en el art. 400 del Código de Comercio, la cual es designar un co-administrador, es decir, básicamente pueden fiscalizar la administración por la vía de obligarlo a ejecutar los actos de administración en conjunto con otra persona, y además van a tener derecho para solicitar la disolución de la sociedad (este es uno de los casos legales de disolución de sociedades)

*\*Leer en Puelma:* el término de la administración. Puede producirse por remoción a través de las responsabilidades que establece la ley, por renuncia con ciertas reglas que la rigen –en materia civil se debe

avisar con un tiempo razonable para la designación de otro administrador-, y otros hechos como la muerte, según la cual no se hereda la administración.

Obligaciones de la administración:

- Debe llevar los libros de contabilidad art. 403 Código de Comercio.

\*Se sugiere revisar la disolución de la SRL y su liquidación en Puelma. En materia de disolución, hay distintas causales y entre ellas no se cuenta la muerte de un socio, es decir, la regla que establece que la SRL se disuelve con la muerte de un socio debe ser expresamente pactada en el estatuto. La continuación se produce en los herederos del fallecido. Según Puelma, cada uno de los herederos debe ser considerado socio, si bien se discute.

En materia de liquidación, está en las SRL hay libertad contractual para efectos de decidir cómo va a ser llevada a cabo la liquidación, la cual puede revestir cualquiera de los regímenes clásicos de liquidación: (i) el de las sociedades colectivas civiles, el cual es el de la comunidad hereditaria que es realizada por un juez árbitro. (ii) El otro gran régimen es el de liquidación de las sociedades mercantiles propiamente tal, que supone un régimen bien estructurado en la ley, con un proceso en que inicialmente se designa un liquidador que es habitualmente designado por los socios en el estatuto, o al momento de la disolución de la sociedad. El liquidador levanta un inventario con los bienes de la sociedad, procede a la liquidación del activo de la sociedad, absorbe el pasivo que la sociedad podría tener (paga las deudas de la sociedad), y el remanente se lo entrega a los socios. Todo esto hay que verlo en el libro de Puelma.

\*\*\* En adelante, se analizan 2 cláusulas de responsabilidad limitada en el PPT \*\*\* Un caso de cláusula de administración compleja.

Caso base: una familia que tiene mucha plata. Son 3 hermanos, entre los cuales uno tiene la confianza de todos. Pero existe preocupación respecto de que va a suceder al momento de la muerte o incapacidad. Se establece una especie de sucesión escalonada, en que en principio el administrador va a ser el hermano de confianza. Si es que este muere o se hace incapaz, se designa a un administrador supletorio, que no puede actuar solo sino que como 2º. Y luego se regula que sucede en caso de muerte o incapacidad de estos. Y así, se aprovecha de ver que sucede en este caso, y se ve el tema sucesorio.

Se prevé como funcionara la incapacidad, que debe darse por una resolución firme o ejecutoriada o una declaración de incapacidad certificada por médicos. De esta forma, se contrarresta una fórmula para el caso en que la incapacidad por vía judicial demore mucho o haya conflictos en la familia.

Se comentan algunas cosas relacionadas con el PPT.

### **Jurisprudencia relevante respecto de la liquidación.**

La liquidación es un conjunto de operaciones que tienen por finalidad principal realizar los activos, vender todos los bienes de la sociedad, cobrar las cuentas por cobrar y hacerlas pagar en juicio, cumplir las obligaciones ya iniciadas. Lo que no puede hacer la sociedad en liquidación es iniciar nuevas actividades. El remanente de estas operaciones se reparte entre los socios.

Los 2 sistemas grandes de liquidación son el de la sociedad colectiva civil y la sociedad colectiva mercantil. Además de ello, existe el de SA, para los bancos, compañías de seguros, y otras.

En la sociedad colectiva civil, una vez que se produce la liquidación se forma una comunidad, es decir, existe un mismo patrimonio con hartos dueños. Se realiza un arbitraje forzoso de acuerdo a las reglas del CC. Se toma el patrimonio común, se hace una especie de juicio en que el árbitro partidor determina la cuota que corresponde a cada comunero.

El acta de la sociedad colectiva comercial, es distinta, porque se nombra un liquidador que va a ser un administrador o representante de la sociedad, que según algunos autores tiene calidad de mandatario. Este tiene que hacer la liquidación extrajudicialmente, a diferencia de la sociedad colectiva civil.

¿Por qué son importantes las normas de la sociedad colectiva comercial? Porque son reglas supletorias respecto de todas las otras sociedades comerciales. Por ejemplo, se aplica respecto de la SRL, de las sociedades en comandita, etc.

Lo importante es que se supone la persistencia de la personalidad jurídica en la sociedad comercial, es decir, la sociedad sigue siendo un vehículo del patrimonio, sigue teniendo los bienes.

Un principio importante respecto de la liquidación es la libertad contractual, porque en los estatutos se puede establecer cualquier forma de liquidación por parte de los socios. Por ejemplo, en una sociedad colectiva civil se puede establecer que se van a regir por las normas de liquidación de la sociedad colectiva comercial, y viceversa. Entonces, ¿en qué caso una sociedad colectiva comercial va a perder su personalidad en caso de disolución? Cuando en el mismo estatuto se establezca que se va a regir por las normas de la sociedad colectiva civil, porque en ese caso se va a formar una comunidad e inmediatamente se va a perder la personalidad jurídica.

Hay limitaciones respecto a esto: no se puede establecer que con posterioridad a la liquidación se va a seguir usando la razón social sin establecer... no pueden establecer en el estatuto que no se diga “en liquidación” porque es una norma imperativa. Tampoco pueden limitar la facultad de representación legal que tiene el liquidador en los estatutos. Tampoco podrían limitar las facultades u obligaciones legales que establece la ley respecto del liquidador.

### ***Caso C.A Valparaíso***

Se formó una sociedad colectiva comercial. Socios establecieron un plazo para el cual se va a disolver, pero si las partes nada decían, se renueva la sociedad. No se renovó la sociedad, y esta se disolvió por expiración de un plazo. Se nombra liquidador, que decide vender el inmueble en subasta pública y se adjudica a un tercero que a su vez dicho tercero era mandatario por uno de los socios de la sociedad que se liquidaba.

Se demanda, para que se declare nulo el pago del impuesto del inmueble, porque el acto jurídico fue una adjudicación no una compraventa, sino que se buscó determinar el dominio y no corresponde el cobro de impuesto. La sentencia señaló que era una compraventa, y el motivo fue que se disolvió la sociedad que continuaba con su personalidad jurídica y por tanto el bien estaba dentro de la personalidad jurídica, no se formó una comunidad y el acto no pudo ser adjudicación, sino compraventa pese a que compró era el

mismo socio. Se demuestra por este fallo que la personalidad jurídica subsiste hasta el último acto de liquidación.

### ***Otro caso***

Banco hipotecario demanda a sociedad minera. El representante de la sociedad pide que se declare prescrita la acción, y tribunal condena al pago de los pagares. La minera interpone recurso casación en la forma, porque sociedad no fue emplazada debidamente, no se trabó la litis; puesto que al momento en que se había demandado la sociedad se había disuelto pro escritura pública y ya se había liquidado y la sociedad entonces no existe. Las normas de sociedad colectivas mercantiles dicen que subsiste la personalidad jurídica subsiste hasta el último acto de la liquidación, y estos pagares aun no pagados hacían existente aun a la sociedad. Por tanto sí hubo emplazamiento correcto.

## **Abuso de la Personalidad Jurídica y el levantamiento del Velo Corporativo**

Es una doctrina que no tiene una aplicación en Chile que se base en una norma explícita o en una norma vigente sino que por aplicación de principios de la doctrina extranjera se aplica la teoría del levantamiento a través otras instituciones que veremos más adelante.

En nuestro ordenamiento jurídico reconoce la existencia de personas jurídicas que como sabremos por derecho civil, son personas distintas a las naturales que la conforman y tiene atributos de personalidad que son propios de la persona jurídica como tal, es decir tiene patrimonio, en determinados casos tiene domicilio, etc.

Entonces el problema que se ha generado en el derecho respecto de la creación de personalidad jurídica es que estas muchas veces son utilizadas en tanto personas distintas de sus socios para evadir la ley. EN general se han creado figuras jurídicas que permiten generar mecanismos legales para evadir ciertos fines que persigue nuestro sistema jurídico.

Entonces, por ejemplo tenemos que la compraventa entre cónyuges casados en sociedad conyugal tiene una prohibición expresa de poder realizar compraventas entre ellos. Aquí hay patrimonios que los o cónyuges comparten. Entonces ellos aportan ciertos bienes a este patrimonio y conforman la sociedad conyugal por eso hay prohibición expresa de compraventa entre ellos. Se presume que comparten los bienes.

Lo que pasa es que la creación de persona jurídica se usa para realizar compraventa por medio de la conformación de sociedad distinta.

Esta sociedad la disuelven y en la liquidación la mujer tiene el a posibilidad de quedarse con la casa que el hombre ha aportado anteriormente. Entonces por el aporte de bienes de una sociedad y su posterior liquidación y disolución se realizan los traspasos de bienes.

Por ejemplo, Pepito con anterioridad crea a una sociedad distinta con una personalidad jurídica determinada para traspasar los bienes de la otra sociedad. Y así sucede en el caso del lucro de la educación chilena, o sea las formas con las cuales se lucran son bajo el mismo mecanismo que éste.

Nosotros acá tenemos a una corporación sin fines de lucro, por ley quien desea crear una universidad debe constituirse como una persona jurídica que es una corporación sin fines de lucro eso es por ley para las universidades privadas. Ahora, ¿Qué quiere decir que sea sin fines de lucro? Quiere decir que los socios que participan de esta corporación no tiene utilidades que puedan retirar a su bolsillo sino que están obligados a reinvertir el excedente en la misión de la institución correspondiente. ¿Qué es lo que hacen? Estos mismos socios que son parte de la corporación sin fines de lucro crean otra sociedad que puede ser por ejemplo una sociedad inmobiliaria y resulta que curiosamente la sociedad inmobiliaria compra un terreno y construye instalaciones que curiosamente están creadas para una universidad y lo que hacen es un contrato entre la corporación y la inmobiliaria. En el fondo es casi una hipótesis de auto contratación.

El precio a través del cual ellos contratan es un precio mucho más elevado de los costos reales de que la inmobiliaria ha tenido que incurrir para poder construir el inmobiliario necesario para una universidad.

Entonces aquí hay traspaso de dinero.

Finalmente, en materia laboral respecto de las prácticas sindicales, una misma persona jurídica se divide en muchas otras y celebran contratos de prestación de servicios previstos para que estén sean las que contratan a los trabajadores, entonces como cada empresa tiene un Rut distinto, los trabajadores estarán repartidos y probablemente en esta maniobra está hecha para que estas empresas que le contratan los servicios tengan un número de trabajadores contratados menor al necesario para sindicalizarse.

Como se crea una persona jurídica nueva esta goza de un patrimonio determinado que no es el mismo que el de sus socios que han realizado el aporte y con ello lo que permite, lo que logra es limitar su responsabilidad porque el derecho de prenda general que tiene los acreedores con los socios se va a ver limitado porque si yo trate con la sociedad, y yo contrato con este determinado acreedor, el derecho de prenda Gral. Que no es sino el derecho que tiene el acreedor para ejecutar el patrimonio de la sociedad que es la persona jurídica que contrata va a ser el patrimonio de esta sociedad que está constituido por determinados bienes. Lo que pasa es que esta sociedad fue creada por estos socios que tienen a su vez sus propios patrimonios y crearon otro patrimonio aportando determinados bienes por tanto lo que han hecho estos socios es limitar en primer lugar el derecho de prenda general del acreedor para con los patrimonios de ellos porque va a perseguir solo el patrimonio de la persona jurídica y van a proteger ciertos bienes porque hay bienes que quedan en el nivel que no es perseguible por el acreedor y pueden realizar fuga de bienes.

Ahora hay un aspecto importante que es este fenómeno de abuso se da mayoritariamente en las sociedades de capital porque las sociedades de persona por lo general hay conmutabilidad del patrimonio de los socios con el de la sociedad misma, a diferencia de la sociedad de capital. Entonces en una sociedad de personas donde observamos que hay comunicabilidad entre la responsabilidad de los socios y la responsabilidad social, el acreedor va a poder dirigirse contra la sociedad pero también contra el patrimonio de los socios. Y algunas soluciones que se encuentran en nuestra legislación actual es el concepto persona relacionada, pero lo importante es que esto son hipótesis que establece la ley en donde se explicita que determinadas relaciones patrimoniales o relaciones familiares entre determinados sujetos que participan en los negocios no puede haber cierto tipo de contratación si no observamos ciertos requisitos.

Y eso se regula para evitar que haya prelaciones patrimoniales. Hay

acción revocatoria para casos de simulación.

El compromiso con lo que sucede en la relación entre los socios y la sociedad uno tiende a conceptualizarlo como un vínculo de intereses que se reúnen para un negocio determinado, entonces nosotros decimos el socio a, el socio b y el c tienen el interés de vender manzanas, entonces cada uno realiza un aporte y constituyen una sociedad agrícola, trabajan y producen y venden manzanas a sus acreedores, ahora uno tiene a pensar que el interés de los socios es el mismo interés de la sociedad.

Ahora hay que distinguir cuando hablamos de sociedad de persona y cuando hablamos de Soc. De capital porque la sociedad de capital limita la responsabilidad patrimonial y la figura que crean estas sociedades de capital es una figura que tiende a poner una figura de los directores, entonces serían al fin y al cabo los

directores los que tiene el interés de realizar el negocio y que son remunerados por los accionistas y los accionistas tienen un interés de retirar utilidades.

Si el día de mañana el director dice que es más rentable producir plátanos y no manzanas, probablemente los socios van a decirle bueno, ok, produzcamos plátanos, por eso es que cada año se realiza un balance y el directorio presenta el balance a los socios para que lo aprueben, etc.

Por eso es importante que el abuso se tienda a hablar en sociedad de capital porque como en las sociedades de personas no hay separación patrimonial aquí los socios se juegan la vida en el negocio que están llevando a cabo. Entonces hay una identificación entre lo que yo quiero como socio y lo que efectivamente realiza la sociedad.

Ocurre que a diario presenciamos situaciones de abuso de la personalidad jurídica pero que no son ilegales, entonces ahí nace una discusión que en Chile se ha generado de una manera fructífera sino que solamente algunos autores se han atrevido a hablar. Y uno de ellos es Puelma, que dice que es posible emplear instituciones jurídicas con fines distintos a los previstos por la legislación y la costumbre, siempre que este fin no sea contrario a derecho a orden público o tengan causa u objeto ilícito. Se trata de un acto ilícito lo cual no quiere decir que la persona jurídica que se crea sea en sí mismo ilícita sino que ella comete un acto ilícito.

Ahora, el sistema jurídico anglosajón lo ha conceptualizado en torno al concepto de fraude, que en varios pasajes de su sistema jurídico se ha definido en torno a varios conceptos, los cuales son términos más amplios y no tan acotados como en el derecho continental. Son términos como negociación injusta; todo acto positivo del que resulte una intención de engañar; artificio por el cual una persona es engañada en su propio perjuicio; acto voluntario y malintencionado dirigido a cometer un daño a los derechos de terceros; prácticas engañosas tendientes a privar a otros de sus derechos por medios de artificios contrarios a las reglas de honestidad común.

Por otra parte, Erick lo define en términos de la legislación europea y dice que las hipótesis en las cuales nos vamos a encontrar en fraude son:

1. La persona jurídica permita violar la ley
2. Permita violar obligaciones contractuales o
3. Permita perjudicar fraudulentamente a un tercero y en esta última encontramos algo más o menos parecido a lo que pasa en el sistema anglosajón, es una norma bastante amplia que permite incluir muchas hipótesis distintas dependiendo del caso determinado.

## **El levantamiento del velo.**

La inquietud doctrinaria y jurisprudencial parte después de la primera guerra mundial, porque los países que lograron conquistar territorio necesitaban conservar los bienes como propios del país, pero resulta que no tenían suficiente gente para poblar los territorios, si no que tenían milicias en posición avanzada ocupando territorio, pero los bienes que estaban ahí seguían estando en manos de los oriundos de esa zona. Entonces lo que hacen ellos es generar un sistema de personalidades jurídicas que tengan participación

unas con otra, dicen bueno, está bien, que la gente de este país mantenga los bienes en su poder, y que crean sociedades que tengan esos bienes, sin embargo los accionistas o los principales participantes de esa persona jurídica eran los habitantes de su propio país. Por ejemplo, si habían franceses que estaban ocupando territorio inglés, pero habían puros ingleses en este territorio, los obligaban a formar una sociedad, que tuviera los bienes en su poder, pero en Francia estaba la verdadera sociedad que controlaba esta otra sociedad. Empezaron a generar mecanismos de control entre las personas jurídicas que permitían realizar después fuga de bienes y mantener en su poder, a pesar de que materialmente estuvieran en manos de extranjeros, los bienes que ellos habían conquistado. Esto es lo que se llamó la ruptura del dogma del hermetismo de la persona jurídica. El dogma del hermetismo de la persona jurídica significa que hay una identificación del interés de los socios que crean la persona jurídica con el fin para el cual esa persona jurídica se crea. Hasta la primera guerra mundial, esto era una cuestión de perogrullo, yo creaba una persona jurídica porque estaba comprometido con el fin que esa persona jurídica representaba para mí. Sin embargo, después de la primera guerra mundial, con el caso comentado se rompe esto y ya no hay plena identificación de intereses entre los socios o los creadores de la persona jurídica y el fin para el cual esta se crea.

Entonces dentro del contexto de necesidad de evitar los abusos de la personalidad jurídica, surge en Estados Unidos la doctrina jurisprudencial del *«Disregard of the legal entity»*, *«Lifting the Corporate Veil»* o del *«Levantamiento del Velo Corporativo»*.

Esta doctrina es adaptada al derecho continental por el autor alemán Rolf Serick, que uno de los pasajes que escribe el en el año 56 es: *«Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros»*

El objetivo de la doctrina del levantamiento del velo según Puelma, que es casi el único que ha escrito sobre la teoría del velo corporativo en nuestro país es: *«Levantar el velo por decisión judicial no significa anular la sociedad, sino que en casos concretos de abusos que se cometan, puede el tribunal, para dictar una sentencia justa; y, para los efectos concretos del pleito, desestimar o desconocer la personalidad jurídica de una sociedad»*. Entonces, el punto no es la ilicitud o la ilegitimidad de la persona jurídica propiamente tal, sino del acto que a través de ella se realiza para evadir, la ley, el orden público y las costumbres al tenor de Puelma. No se trata de que el levantamiento del velo anule a la persona jurídica si no que solamente se refiere al acto concreto, entonces por ejemplo el caso, que está regulado en materia laboral, cuando una persona jurídica se divide en muchas otras para la contratación de trabajadores bajo el mínimo sindical, lo que han hecho nuestros tribunales laborales es decir que van a prescindir de este vínculo formal entre las sociedades que contratan trabajadores, entendiendo que mientras los trabajadores se encuentren bajo una misma relación de subordinación realizando un trabajo similar bajo un mismo jefe, la realidad jurídica va a primar por sobre la figura formal y se va a entender que todos estos trabajadores se encuentran bajo dependencia de una persona. Con esto han logrado la sindicalización de muchas empresas que lo evitaban, pero muchas empresas lo siguen haciendo porque esto es un procedimiento judicial, entonces mientras los trabajadores no vayan a alegar porque no se pueden sindicalizar, la empresa actúa a discreción.

Clásicamente los fundamentos de esta doctrina han sido:

- 1) Fraude: Tendencia doctrinaria desarrollada por Serick pero que toma del derecho angloamericano, y que pone el énfasis en el aspecto subjetivo, porque acá hay intención de generar fraude a un tercero, la persona jurídica es usada para defraudar la ley, el contrato o causar perjuicios a terceros. Este último elemento, perjuicio contra terceros, abre muchas hipótesis porque puede ser cualquier tercero y mediante cualquier acto, entonces este tercer supuesto constituye una norma de clausura porque cierro la enumeración de abusos y fraudes posibles pero al mismo tiempo la abro como hipótesis para muchos casos.
- 2) El abuso del derecho: ha sido un fundamento de esta doctrina que se ha desarrollado mucho menos que la anterior del fraude que es la principal. El fundamento del abuso del derecho se centra en la tenencia propiamente tal de una persona jurídica. Es respecto de la persona jurídica en su misma y no de los actos que esta comete, a diferencia de la doctrina anterior del fraude o del abuso en términos amplios, que es respecto del acto concreto que la persona jurídica lleva a cabo en donde se evalúa su licitud o ilicitud. Se discute el abuso del derecho porque todos tenemos derecho a formar la persona jurídica que nos plazca por la garantía constitucional del derecho a la libre asociación.
- 3) La transparencia en el tráfico jurídico: es una teoría mucho más amplia que termina por englobar a las dos anteriores. La transparencia en el tráfico jurídico no es sino un principio general del derecho comercial que tiene aplicación general, y por esto mismo se encuentra en distintas instituciones jurídicas de nuestro sistema. Es importante porque es la hipótesis que ha abierto la aplicación del levantamiento del velo corporativo en nuestro país.

Características:

- 1) Es una técnica o práctica judicial
- 2) Es una operación cognoscitiva de carácter neutro. Esto significa que no busca sancionar, si no solamente descubrir la realidad, cual es la verdadera vinculación entre los socios y la persona jurídica que se crea que ha cometido este acto. Si hay o no ilicitud en el acto es una evaluación posterior que se va a hacer en la sentencia.
- 3) Está inspirada en la jurisprudencia de intereses. La jurisprudencia de intereses se refiere a que lo que importa es el fin que persigue la norma más que el vínculo formal que se puede identificar entre las distintas personas que participan en la realidad que se quiere descubrir. Entonces si por ejemplo nosotros queremos evitar el lucro en la educación, no vamos a ir a perseguir las operaciones con personas relacionadas, nos va a dar lo mismo si hay vínculos familiares, contractuales o patrimoniales entre los distintos directores de una sociedad inmobiliaria y la corporación sin fines de lucro, si no que lo que nos va a interesar es que no se lucre, y con el objetivo de que no se lucre vamos a prescindir de las formas jurídicas que permiten que finalmente se lucre.
- 4) Es una institución de verdad, porque busca la realidad o la facticidad en sí misma y no las formas jurídicas que están presentes.
- 5) No tiene carácter unitario, porque se encuentra presente en distintos sectores de nuestra legislación, no con normas expresas respecto a la teoría del velo corporativo pero si mediante la aplicación de esa doctrina en determinadas normas. En materia laboral, cuando se define el concepto de empresa en el artículo n°3, lo que se está haciendo es que en base al principio de la primacía de la realidad, que

se sustenta en una especie del levantamiento del velo corporativo, postulo una norma que busca la facticidad en una empresa, o sea, busca determinar quienes se encuentran en una relación de subordinación y dependencia respecto de un determinado empleador pero no de los vínculos jurídicos que la empresa representa en materia jurídica.

- 6) Tiene carácter excepcional.
- 7) Produce efectos relativos, para el caso concreto y para las partes que participan en el pleito.
- 8) Se discute si es una doctrina autónoma. Esto se refiere a que hay acciones concretas en nuestro derecho, como las acciones de simulación o revocatoria, que también tienen un fin relativamente parecido. Entonces se discute si estamos ante una doctrina autónoma o ante la aplicación de acciones que ya existían en nuestro derecho que se postulan a algo más general por la doctrina del levantamiento del velo.
- 9) Se discute si es un medio o un resultado. Si es que busca penalizar el acto concreto o si es que teniendo la norma como fin último, o sea con respecto al ejemplo pasado limitando el lucro, queremos evitar ciertas relaciones que permiten que se lucre.
- 10) Se discute si es subsidiaria. Es decir, si es que yo puedo ir a reclamar el levantamiento del velo corporativo a un tribunal o siempre voy a tener que interponer una acción de simulación primero y de manera subsidiaria pedirle al tribunal que descubra la realidad de los hechos.

Aplicación en el derecho chileno.

Tenemos 4 tipos de acciones presentes en nuestro derecho civil y comercial que hoy día tiene un efecto parecido a lo que significa la doctrina del levantamiento del velo. Estas acciones son:

1. Inexistencia (discutible)
2. Normas sobre objeto y causa ilícita
3. Simulación
4. Acción pauliana o revocatoria

El problema de estos remedios tradicionales es que atacan a la persona jurídica en sí misma, no a la realidad oculta tras ella. Además, el remedio puede terminar perjudicando a terceros.

Con respecto a que estos remedios contractuales perjudiquen a terceros, podemos dar el siguiente ejemplo: si yo soy un tercero que celebra un contrato con la persona jurídica, yo soy acreedor y él va a ser deudor. Qué pasa si ataco a la persona jurídica propiamente tal, si ataco su existencia. Por ejemplo si se declara que esta persona jurídica adolece de un vicio de nulidad en su constitución que no se ha subsanado y por tanto hay nulidad absoluta de la persona jurídica o inexistencia. Hay normas de liquidación de la persona jurídica que establecen prelación, eso va a generar que al lado del tercero Estaban esté el tercero Octavio Bofill, el tercero Ignacio Araya, y las normas bajo las cuales ellos van a pagarse en el ejercicio de su derecho de prenda general sobre la persona jurídica, van a depender de la regulación que haya de la disolución y liquidación de esa persona jurídica, que es distinto según la sociedad, es distinto en materia de quiebra, etc. Esos trámites perjudican a terceros.

Otro caso es por ejemplo que el tercero Esteban contrata con una sociedad, tiene el derecho de prenda general,

y esta sociedad saca los bienes de su patrimonio y los pone en una sociedad 2. Si ejerce una acción revocatoria o pauliana para que los bienes vuelvan a esta sociedad y pueda pagarse, cuando los bienes vuelvan a esta sociedad hay otros terceros que pueden tener un derecho preferentemente sobre esta sociedad, que van a poder pagarse antes, a pesar de que ellos no hayan realizado esta acción revocatoria o pauliana.

Entonces el perjuicio a tercero es que todas estas acciones que contempla nuestro derecho pretenden restituir bienes al patrimonio del deudor respecto del cual yo me quiero pagar, pero a diferencia de la doctrina del levantamiento del velo corporativo, que es un caso de aplicación judicial en casos determinados que tiene

efecto relativo, va a aprovechar a cualquier tercero, es decir, beneficia a los terceros en términos generales pero puede perjudicar al tercero en particular que ejerce la acción. Por ende, no existe incentivo para que los terceros que tengan preferencia en sus créditos ejerzan una acción revocatoria para descubrir la realidad de los hechos.

En la práctica, la doctrina del Levantamiento ha sido poco aplicada por nuestros tribunales y sólo en los últimos años ha sido estudiada por nuestros autores. El único autor chileno que ha publicado al respecto de manera sistemática es Puelma, y la excepción son algunas tesis como la de Patricia López.

Jurisprudencia relevante.

**CA Punta Arenas, 2008:** *La Teoría del Levantamiento del Velo consiste en una técnica judicial que permite al tribunal, en ciertas ocasiones, ignorar o prescindir de la forma externa de la persona jurídica para penetrar en su interior, a fin de develar los intereses subyacentes que se esconden tras ella y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el velo de la personalidad, con el objeto de poner fin a fraudes y abusos mediante la aplicación directa de las normas jurídicas respecto de los terceros que resulten perjudicados. Se sustenta en la equidad, la buena fe, la transparencia en el tráfico jurídico, la prevención de la simulación y la sanción del fraude.*

**CA Temuco, 2009:** *Es un hecho notorio que el acreedor del querellante es el Establecimiento Almacenes Paris, independiente que la administración de la tarjeta corresponda a un tercero, por lo que se rechaza la excepción de legitimación pasiva.*

Otra legislación relevante.

La ley 20.123 es una ley en materia laboral que se refiere a la subcontratación, que también es un recurso jurídico que se utiliza mucho para generar prácticas antisindicales. Esta ley produjo una serie de modificaciones al artículo 183 que tiene a redescubrir la verdad de los hechos.

Es muy importante el artículo 3, letra c) del código del trabajo que establece una definición de empresa en términos reales. Aquí una empresa no es una persona jurídica que decide llevar a cabo un negocio, sino que e“se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales, e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.”

El proyecto de la ley 20.123 pretendía hacer esta definición aun más abierta, sin embargo el Tribunal Constitucional por una cuestión formal la objetó y no pudo llegar a buen puerto.

Proyectos de ley relevante.

i) Boletín 6736-13, ingresado en 2009, hoy –aun- en primer trámite constitucional. Introduce una nueva práctica antisindical:

2. Agréguese la siguiente letra f) en el artículo 387:

f) "El que se niegue a negociar con trabajadores de empresas relacionadas que integran una misma unidad económica, ordenada bajo una dirección común".

2) Boletín 5398-07, ingresado en 2007, hoy en primer trámite constitucional. Levantamiento del velo corporativo:

*Artículo Único: Incorpórese al Código Civil, el siguiente artículo 2058 (bis):*

*“En caso que la sociedad sea utilizada para fines ajenos a los que dieron origen a su constitución, tales como el fraude a la ley, el incumplimiento de un contrato y/o el perjuicio de terceros, el juez podrá prescindir de la forma societaria, pudiendo imputar directamente sus actos a las personas naturales que la componen.”*