



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL



COMISIÓN DE ESTUDIO NUEVA CODIFICACIÓN COMERCIAL

PRIMERA SUBCOMISIÓN

**“ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMERCIAL A LA EVOLUCIÓN DEL
COMERCIO Y DE LOS NEGOCIOS. REVISIÓN, ADAPTACIÓN Y DEFINICIÓN
DE LOS PRINCIPIOS GENERALES**

(CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN)”

ENERO 2017



ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	INTEGRANTES DE LA SUBCOMISIÓN	5
	1. Manuel Montt Dubournais- Presidente.....	5
	2. Lorena Carvajal Arenas - Vicepresidenta.....	5
	3. Álvaro Parra Vergara - Secretario.....	5
	4. Juan Esteban Puga Vial.....	5
	5. Diego Peralta Valenzuela.....	5
	6. Raúl Novoa Galán.....	6
	7. María Fernanda Vásquez Palma.....	6
	8. Mauricio Tapia Rodríguez.....	6
III.	ÁMBITO DEL ENRCARGO Y PLAN DE EXPOSICIÓN POR MATERIAS	7
IV.	EXPERTOS INVITADOS	8
V.	RESUMEN EJECUTIVO	8
	1. Conclusiones de los Comisionados.....	8
	2. Sobre la decisión de codificar, recodificar o descodificar.....	10
	a. Diagnóstico general y problemas detectados.....	10
	b. Propuesta.....	11
	3. Derecho Comercial: marco normativo y ámbito de aplicación.....	11
	a. Diagnóstico general y problemas detectados.....	11
	b. Propuesta.....	12



4.	Principios que informan a la legislación mercantil.....	14
a.	Diagnóstico general y problemas detectados.....	14
b.	Propuesta.....	15
5.	Materias tratadas en el Código de Comercio Chileno y leyes satelitales; de la permanencia, exclusión o incorporación de instituciones relevantes de Derecho Mercantil.....	15
a.	Diagnóstico general y problemas detectados.....	15
b.	Propuesta	16
6.	Creación de tribunales con jurisdicción especial en materia mercantil.....	20
VI.	ASPECTOS LEGALES EN QUE LA SUBCOMISIÓN HA ESTIMADO OPORTUNO ENTREGAR SU OPINIÓN.....	22



I. INTRODUCCIÓN

Por encargo de la Comisión de Estudio Nueva Codificación Mercantil, convocada por el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Ministerio de Justicia, esta Primera Subcomisión viene en presentar formalmente a Usted un pre-informe relativo a la necesidad de adaptación de la legislación comercial a la evolución del comercio y de los negocios.

El informe versa sobre la revisión, adaptación y definición de los principios generales; y sobre la alternativa adecuada para actualizar el Código de Comercio de Chile, en consideración a las siguientes posibilidades: revisión; adaptación y definición de los principios generales; codificación; descodificación o recodificación.

Luego de una serie de sesiones llevadas a cabo por los Comisionados, del intercambio de diversas opiniones emitidas y de la revisión de trabajos especialmente preparados al efecto, muestras de derecho comparado y otros documentos, esta Subcomisión ha arribado a la conclusión que es necesario Recodificar.

La pregunta es qué incluir en una recodificación del Derecho Comercial chileno. Siguiendo las ideas del profesor Gonzalo Figueroa Yáñez¹, un nuevo Código debería incluir, desde luego, todas aquellas materias que tengan vocación de generalidad, es decir, aquellas que se aplican a toda la contratación comercial.

Una recodificación implicaría, por ejemplo, que las normas sobre operaciones de crédito de dinero, letras de cambio y pagarés, etcétera, se deberían reubicar en un Libro específico, al modo del Proyecto Español, cuyo Libro Sexto trata los Títulos Valores e Instrumentos de Pago y Crédito.

El trabajo será muchas veces de reubicación de las normas y de actualización en aquellos casos que la institución lo requiera, por ejemplo, en materia de facturas, para que por fin tengan la calidad de título valor del que hoy carecen.

¹ Gonzalo Figueroa Yáñez cursó sus estudios de Derecho en la Universidad de Chile y un diploma de especialización en Metodología de la Enseñanza y de la Investigación Jurídica en las Universidades de Stanford y de California Los Ángeles (UCLA). Entre sus obras destacan diversos artículos y publicaciones sobre Derecho Privado y Bioética, como "El Patrimonio", "Persona, pareja y familia", "Derecho Civil de la Persona - Del Genoma al Nacimiento" y "La Asunción de Deudas y la Cesión de Contrato". <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/76327/adios-a-un-intelectual-de-alto-vuelo-prof-gonzalo-figueroa-yanez>



II. INTEGRANTES DE LA SUBCOMISIÓN

1. Manuel Montt Dubournais - Presidente

Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Comercial Facultad de Derecho desde 1977 y Director del Departamento respectivo de 1984 a 2003. Miembro de la Comisión que elaboró el nuevo Libro III del Código de Comercio sobre Comercio Marítimo. Asesor legal de la Fiscalía Nacional de Quiebras con motivo de la puesta en práctica de la nueva Ley N° 18.175. Profesor invitado por diversas facultades de derecho para dictar cursos de magister y especialización.

2. Lorena Carvajal Arenas - Vicepresidenta

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. PhD, Universidad de Portsmouth (Inglaterra). Master en Derecho Comercial Internacional, Universidad de Roma La Sapienza. Master en Sistema Jurídico Romano, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración, Universidad de Roma Tor Vergata. Post doctorado patrocinado por FONDECYT en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Comercial, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

3. Álvaro Parra Vergara - Secretario

Abogado, Universidad Gabriela Mistral. Candidato a Magister en Derecho, Universidad de Chile. Autor de diversos trabajos de Investigación sobre Títulos Valores y Derecho Concursal. Árbitro Comercial y Concursal. Profesor y Subdirector del Departamento de Derecho Comercial Facultad de Derecho Universidad de Chile; Premio al Mejor Profesor Facultad de Derecho Universidad de Chile 2014.

4. Juan Esteban Puga Vial

Abogado, Universidad de Chile. Autor de múltiples textos de Derecho Comercial. Experto en Litigación Concursal y Profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.



5. Diego Peralta Valenzuela

Abogado, Universidad de Chile. Fue miembro del Comité Legal de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras, formando parte del grupo de trabajo para el análisis de la reforma a la Ley General de Bancos y del grupo de trabajo para el estudio del proyecto de Ley de Prenda Mobiliaria. Miembro de la Federación Interamericana de Abogados, (de la que es su Secretario), de la Comisión Asesora del Ministro de Hacienda para el Mercado de Capitales y es Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago).

6. Raúl Novoa Galán

Abogado, Universidad de Chile. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM Santiago). Premio Abdón Cifuentes en Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex Director Programa Derecho de Empresa en la OUV y en la Universidad Adolfo Ibáñez; ex Director Jurídico en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex Director de Banco de Chile, Provida, Coopeuch y Cía. Seguros Continental.

7. María Fernanda Vásquez Palma

Abogada, Universidad de Talca. Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesora Derecho Comercial, Universidad de Talca. Autora de varios libros y numerosas publicaciones efectuadas en revistas indexadas. Directora de Proyectos FONDECYT y actualmente directora de un Proyecto Anillo. Árbitro de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago). Secretaria General de la Universidad de Talca.

8. Mauricio Tapia Rodríguez

Abogado, Universidad de Chile. Máster en Derecho Privado (LL.M.). Universidad de París XII, Val de Marne, Francia; y Doctor © por la misma Universidad. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Autor de obras en Derecho Civil patrimonial y extra patrimonial, y en materia de codificación civil.



III. ÁMBITO DEL ENCARGO Y PLAN DE EXPOSICIÓN POR MATERIAS

La presente Primera Subcomisión ha sido convocada con el objeto de analizar la viabilidad de la adaptación del Código de Comercio chileno y de la legislación comercial, a la evolución del comercio y de los negocios, considerando para ello la revisión, adecuación y definición de los principios y de las disposiciones generales de la legislación mercantil.

En ese contexto, la presente Subcomisión discurrió largamente, en el seno de sus reuniones, respecto a cuál sería el ámbito de incumbencia de sus atribuciones –en cuanto el encargo no comprendía instituciones o cuerpos legales específicos–. Las discusiones versaron sobre las siguientes materias:

Primeramente se analizó la conveniencia o no de implementar un modelo de modernización del Derecho Comercial que sigue la corriente descodificadora, o bien, el modelo de renovación en el marco de un Código de Comercio (la llamada Recodificación). En esta última vertiente codificadora, se distinguió, a su vez, la posibilidad de llevar a cabo una labor de recodificación recopilatoria o una labor de recodificación reformadora.

Una vez definido por la presente Subcomisión que la mejor forma de abordar la reforma del Derecho Comercial es la recodificación –recopiladora y modificatoria en ciertas materias– se efectuó un análisis de:

- Las instituciones.
- Los sujetos del comercio relevantes.
- Principios que han de informar la legislación mercantil; y
- Los actos y contratos propios del Derecho Mercantil.

Finalmente, esta Subcomisión profundizó en lo relativo a aquellas materias que debieran ser incorporadas en el Código de Comercio y aquellas que debieran permanecer o regularse fuera del mismo. En el análisis, se tuvo en consideración que, por la naturaleza de las normas en estudio, es necesario mantener cierta flexibilidad en el tratamiento de las instituciones a objeto de evitar la petrificación de las normas jurídicas, cuestión perjudicial para un Derecho como el Comercial, en razón de su dinamismo y evolución constante.



IV. EXPERTOS INVITADOS

Sin perjuicio que esta Subcomisión estimó pertinente invitar a personeros de distintas áreas del Comercio, tales como la Cámara Chilena del Comercio, el Centro de Arbitrajes y Mediación, entre otros, los expertos invitados declinaron en asistir a esta instancia, en tanto manifestaron no tener una visión clara respecto a los desequilibrios que la legislación mercantil presenta y que inciden en su normal desenvolvimiento en el mercado y la vida comercial.

V. RESUMEN EJECUTIVO

1. Conclusiones de los Comisionados

De acuerdo a la labor encomendada a esta Subcomisión, los Comisionados han llegado a las siguientes conclusiones:

- i. Debe procederse a una recodificación del ámbito mercantil. El nuevo Código debería reemplazar el Código de Comercio actual;
- ii. El ámbito de la nueva codificación mercantil será la contratación y las relaciones jurídicas entre empresas, en tanto sujetos de esta regulación especial en reemplazo del antiguo comerciante. Para este efecto, los Subcomisionados consideran beneficioso elaborar una definición de la “Empresa” la que debería operar como eje aglutinador de la regulación contenida en el Código de Comercio. De esta forma, quedan fuera de su órbita, entre otros, los rentistas y trabajadores por cuenta ajena, a quienes regirá en sus relaciones con la empresa, la Ley de Protección al Consumidor. A propósito de lo anterior, se considera oportuno destacar dos aspectos susceptibles de aclaración:
 - La situación de las personas jurídicas de derecho público que desarrollan actividades netamente empresariales; y
 - La situación de la pequeña empresa, la cual, ante las medianas y grandes empresas, se parece más a un consumidor que a una empresa. La distinción entre unas y otras, medida en términos de facturación anual, bajo los criterios de la Ley 20.416.



- iii. Se sugiere el reemplazo del concepto de “Acto de Comercio” por el de “Acto entre Empresas”, pero no mediante una enumeración de los mismos, sino simplemente como todo acto o contrato entre empresas. Así, se logra englobar en este último la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, principios regulados en nuestro sistema de forma unificada para el ámbito civil y comercial en el Código Civil.
- iv. Ambos principios actúan, además, como mecanismos creativos de nuevas instituciones y de soluciones flexibles requeridas por el tráfico jurídico mercantil.
- v. Finalmente, se hace presente que se considera conveniente por algunos Comisionados, tener en materia mercantil una jurisdicción especializada, cuyo ámbito de competencia sea, naturalmente, los conflictos entre empresas, salvo excepciones.

□ Voto disidente del profesor Mauricio Tapia.

Considera inapropiada la creación de una jurisdicción especial comercial, por las siguientes razones:

- Ante todo, porque la subcomisión de esta Comisión de Reforma encargada específicamente de esta materia, ha resuelto sugerir no crear una jurisdicción especial;
- Porque la justificación de mayor conocimiento técnico de tales jurisdicciones se entiende en un sistema preferentemente de usos, cuestión que es discutible en un sistema de derecho codificado y minuciosamente regulado como el nuestro, por razones de seguridad jurídica.
- Porque de todas formas todo uso puede acreditarse en el juicio, con las formas probatorias especiales del derecho comercial.
- Porque en la práctica esa función la cumplen en buena medida los centros de arbitraje que ofrecen una justicia rápida y especializada para los contratos de cierta envergadura. En este punto, estoy de acuerdo en instar al desarrollo de estos arbitrajes, siempre con cargo a las partes.
- Porque la reforma procesal civil en preparación despejará de trabajo administrativo-judicial a los tribunales civiles (cobranzas), y pretende que éstos se concentren en conflictos contractuales de responsabilidad, civiles y comerciales no sometidos a arbitraje (por decisión o por recursos), modificando orgánicamente y en procedimientos el sistema, haciendo más expeditas, oportunas y especializadas las decisiones. La reforma a los procesos ya diseñada precisamente se hizo pensando en estos conflictos contractuales civiles y comerciales.



- Porque particularmente hoy en día, por los sucesos recientes, la existencia de una jurisdicción especial comercial, de cargo del Estado, puede visualizarse como un privilegio injustificado y por ello de muy difícil viabilidad política.
- Por último, en materia de consumo, la tendencia es precisamente a hacer aplicables la jurisdicción ordinaria por sobre cualquier arbitraje (salvo contadas y muy justificadas excepciones), que se presentan usualmente como desventajosas, caras e incomprensibles para el consumidor.

2. Sobre la decisión de codificar, recodificar o descodificar.

a) Diagnóstico general y problemas detectados.

Considerando el fenómeno de la globalización del Derecho –que ha dado origen a la necesidad de unificar o, al menos, armonizar el Derecho de diversas jurisdicciones– y el fraccionamiento progresivo del sistema, a través del fenómeno de la descodificación, entendida esta última como una pluralidad de microsistemas, cada uno inspirado en sus propios principios y poseedor cada cual de su propia lógica, permite entender, prima facie, que en la actualidad, los códigos no operan como centro de la sociedad capitalista y tampoco simbolizan el zenit del nacionalismo jurídico.

A los fenómenos enunciados –globalización y descodificación– se agrega la multiplicación de fuentes creadoras del Derecho. El intercambio entre fuentes normativas ha producido un cambio fundamental en el panorama jurídico, porque el mundo ha evolucionado desde la yuxtaposición tradicional de los sistemas legales nacionales a una realidad donde nuevos actores han tomado la responsabilidad de generar normas para el comercio interno y transnacional.

Más que nunca, urge aunar criterios con el objeto de proponer las bases de una nueva legislación moderna, que bajo las mismas ambiciones del ayer, procure hoy, establecer los cimientos de una legislación mercantil robusta, fluida, flexible, dinámica y a la medida del Comercio actual.

A propósito de la empresa codificadora, se discutió el camino a seguir en el esfuerzo por modernizar la legislación del sector. Es así que, se distinguió entre 2 posibles vías:

■ Recodificar, distinguiendo dos modelos:

- Recodificación Sistemática: dirigida a los operadores del derecho (recopilación de derecho constante);
- Recodificación Reforma y Modificación: modelo de codificación decimonónico, empresa de más largo aliento, que tiene 2 elementos relevantes:



- Identificar cuál es el común denominador, cuáles son las primeras llaves de lectura;
- Luego, estas llaves permitirían discriminar qué leyes se pueden incluir y cuáles no en una codificación mercantil.

■ Regular un Código de principios e instituciones fundamentales del comercio.

Se llegó a la conclusión de que es necesario adoptar la decisión de recodificar principios e instituciones fundamentales, debido a que una simple recopilación no resuelve la profundidad y complejidad de la situación actual de nuestra legislación.

Además, la codificación a derecho constante no es una verdadera codificación. En este sentido, se acordó que resultaba razonable la redacción de un nuevo Código, cuyos ejes aglutinadores estuviesen centrados en el empresario, los actos y relaciones jurídicas que surgen con ocasión de la práctica del Comercio. La posibilidad de recodificar incluyendo una reforma profunda a las bases, que permita modernizar las instituciones y adaptarlas a la realidad jurídica nacional, es una empresa compleja, que implica un trabajo de modernización e innovación en materia regulatoria.

b) Propuesta.

De acuerdo a las conclusiones logradas a través de las discusiones sostenidas en el seno de la Subcomisión, debería procederse a una recodificación del ámbito mercantil que reemplace el actual Código de Comercio.

3. Derecho Comercial. Marco normativo y ámbito de aplicación.

a) Diagnóstico general y problemas detectados.

El Código de Comercio en sus inicios, regulaba el tráfico jurídico de un agente profesional, en particular, del comerciante.

Asimismo, definía la actividad comercial no apelando a un concepto, sino que enumerando taxativamente las actividades que eran mercantiles, todo esto por razones esencialmente históricas.



En la actualidad, existen múltiples áreas de actividad económica tan o más relevantes que las técnicamente mercantiles: la agricultura; la actividad forestal; la minería; el transporte aéreo; la industria de servicios no mercantiles (v.gr soportes tecnológicos).

Hoy en día, todas las actividades antes descritas son también intermediarias del crédito: se financian con crédito pero también otorgan crédito a sus clientes. De ahí que un nuevo Código no puede simplemente hacer extensivo el estatuto del comerciante a la empresa, en tanto la empresa no es una actividad, es una estructura organizacional.

De esta manera, son empresa tanto el almacén de barrio como la Gran Minería. Es empresa un gimnasio y una usina; una biblioteca como un laboratorio clínico. Hay empresas con un solo trabajador o con miles; de múltiples tamaños, etc.. Hoy la noción de empresa tiene como alter la noción de consumidor, con ese intermedio gris que son los rentistas (receptores pasivos de riqueza).

Un Código de Comercio, por tanto, para ser una rama especial debe necesariamente no limitarse a la estructura organizacional sino también a la actividad económica que abarca y al tamaño de dicha entidad.

b) Propuesta

En el ámbito de la nueva codificación, para actualizar lo que antes era de la esfera del Código de Comercio, se amplía en general a la contratación jurídica entre empresas.

Para este efecto, se denomina empresa a cualquier persona natural o jurídica de derecho privado que preste servicios o provea de bienes en forma remunerada. Con esto queremos dejar fuera a los rentistas y trabajadores por cuenta ajena, en cuyas relaciones con la empresa debe regir antes la Ley de Protección al Consumidor. La comisión estima que ésta definición comprende también a las entidades sin fines de lucro que para financiar su actividad social proveen de bienes o servicios en forma remunerada.

Existen dos asuntos para aclarar en éste ámbito:

- Situación de las personas jurídicas de derecho público que desarrollan actividades netamente empresariales; y
- La situación de la pequeña empresa que ante las medianas y grandes empresas ya que se parece más a un consumidor que a una empresa.

Así, la noción de acto de comercio pasa a ser reemplazado por acto entre empresas: todos los actos y contratos que celebren o ejecuten las empresas entre ellas para el desarrollo de su actividad –incluso aquellos sin remuneración directa, como los de promoción– pasan a ser objeto del Código. Hay países como Francia que han incluido en la “mercantilidad” la responsabilidad aquiliana de las empresas y también algunas obligaciones de origen legal.



▪ Prevención del profesor Mauricio Tapia.

En cuanto a la alusión a la responsabilidad civil, considero que ella puede conducir a algunos equívocos. Una cuestión es el estatuto general de responsabilidad aplicable a actividades civiles y comerciales, y otra cosa distinta es la existencia de algunas reglas especiales sobre ilícitos típicos en determinadas actividades o conductas comerciales.

- Respecto del primer aspecto (estatuto general de responsabilidad aplicable):

En Francia (cuya experiencia se cita en el texto de más arriba) la responsabilidad civil es una, la regulada en el Código Civil, aplicable a las empresas y a las actividades civiles, y actualmente en curso de ser reformada y actualizada para incorporar, en especial, los aportes de la jurisprudencia. A pesar de la existencia de una jurisdicción especializada, en particular de la *Chambre Commerciale*, aplica ese estatuto general de responsabilidad civil a todas las actividades comerciales, sin que existan reglas generales especialmente aplicables a éstas.

En Chile el estatuto de responsabilidad civil también es unitario, el del Código Civil (contractual y extracontractual, con evidentes puntos de comunicación), aplicable a actividades civiles, comerciales y de consumo (supletoriamente, en aquello que no se opone a las reglas especiales protectoras de ese ámbito). Incluso, según la jurisprudencia actual de la Corte Suprema, las normas de los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil también se aplican para suplir los vacíos de la responsabilidad del Estado. Este estatuto general tiene instituciones claramente diseñadas y aplicadas a las empresas, como la responsabilidad por el hecho ajeno del empresario, el daño moral de las personas jurídicas, la previsibilidad del daño contractual, la culpa difusa en la organización empresarial, obligaciones de medios y resultados (importante en las organizaciones empresariales profesionales), etc.. Asimismo, tal estatuto fundado en la culpa es el derecho supletorio en actividades empresariales, como lo prueba las remisiones en la LSA a los deberes de directores y gerentes y los deberes en la ley mercado valores. Por último, ese estatuto tiene una función supletoria también respecto del derecho del consumo.

A este respecto, en mi modesta opinión no sería conducente alterar esa unidad, que es uno de los fines en el presente que se persigue en materia de obligaciones civiles y comerciales, y también en los procesos de reforma de la responsabilidad civil (que tienden a excluir todas diferencias posibles entre estatutos de la responsabilidad, en cuanto de la igualdad ante la ley, pero también con fines de inteligibilidad de las normas y seguridad jurídica).

- Respecto del segundo aspecto (ilícitos especiales en algunas actividades comerciales):

En este punto la mayoría de los sistemas admite la existencia de ilícitos especiales en actividades comerciales (algunos de ellos, incluso incorporados en el Código de Comercio), que se refieren en general a hipótesis típicas de actos dañinos entre competidores o agentes del mercado, como ocurre con los abusos de posición dominante, la competencia desleal o la imposición de condiciones abusivas a socios comerciales (en esencia, las relaciones entre grandes distribuidores o industrias y pequeños proveedores). En la materia, se trata sólo del elemento ilicitud el que es definido en términos especiales (configurando la culpa



infracional o dolosa desde la perspectiva de la responsabilidad) y son las reglas generales de la responsabilidad civil las que se aplican en todos los otros aspectos (en particular, en materia de daños reparables, causalidad y extensión de la reparación).

En el caso francés, por ejemplo, algunos de estos ilícitos “mercantiles” se encuentran en el artículo L442-6 del Código de Comercio, y que se refieren en esencia a ilícitos en relaciones comerciales entre grandes proveedores y pequeños productores, consistentes en aplicación de condiciones abusivas. Sin perjuicio de ello, hay ilícitos por supuesto en libre competencia y otros específicos para la competencia desleal elaborados por la jurisprudencia (no hay ley en Francia sobre estos últimos). En el caso chileno, se encuentran en el artículo 30 del DL 211, en la Ley 20.169 de competencia desleal y en la ley de fomento a las empresas de menor tamaño Ley 20.416. En todos estos cuerpos normativos hay remisiones explícitas al estatuto general de la responsabilidad del Código Civil, que se aplica en todo lo demás.

Si la cita, efectuada en el texto de más arriba, se refiere a estos ilícitos especiales, estoy de acuerdo con ella, pero sugiero especificarla y explicarla en tal sentido.

4. Principios que informan la Legislación Mercantil.

a. Diagnóstico general y problemas detectados

Ante los cuestionamientos, que entre otros fenómenos, la descodificación y la globalización presentan al Código de Comercio, es posible consignar en su favor que, si éste consagra principios del Derecho Comercial, las leyes especiales podrían hacer referencia a dichos principios e instituciones fundamentales. Esta referencia explícita o implícita –formal y/o racional– es importante porque permite que el Código se mantenga como el epicentro del ordenamiento jurídico comercial y, de esa forma, es posible la relación entre Derecho general y Derecho especial. Esto redundaría en la coherencia de los conceptos y de las estructuras jurídicas, por lo tanto, en la seguridad jurídica.

A partir de la importancia del contrato mercantil, en la realidad, es posible afirmar, preliminarmente, que la autonomía de la voluntad es un principio fundamental del comercio moderno. Desde luego, la autonomía de la voluntad y los usos del comercio siempre han tenido una gran importancia en el Derecho Mercantil. La ley nunca ha monopolizado la regencia del tráfico mercantil, al modo de la ley civil, simplemente, porque el aspecto dinámico del comercio, su inmediatez y practicidad no lo permitirían.

▪Prevención del profesor Mauricio Tapia:



Estoy de acuerdo con esta inclusión, siempre que ello no signifique romper la unidad de la teoría general de los actos y contratos civiles y comerciales existentes en nuestro derecho, cuestión que es una ventaja, por las razones que expreso más adelante.

b. Propuesta

La Comisión coincidió en que debe destacarse en toda su importancia el principio de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad como mecanismo creativo de nuevas instituciones y soluciones flexibles para el cada vez más dinámico mundo de los negocios.

5. Materias tratadas en el Código de Comercio Chileno y Leyes Satelitales; de la permanencia, exclusión o incorporación de instituciones relevantes en el Derecho Mercantil.

a) Diagnóstico general y problemas detectados

La Subcomisión se abocó a la tarea de analizar la conveniencia de actualizar el Código de Comercio, en consideración al fenómeno de la descodificación paulatina y sus efectos en el Ordenamiento Jurídico Nacional.

Durante todo el Siglo XX y lo ya avanzado del XXI, los Códigos de Comercio, no solo en Chile, sino en todos los países que tienen estos cuerpos legales, han sido objeto de una lenta jibarización, debido a la necesidad de dictar leyes que reglamenten las nuevas conductas y regulen las nuevas formas de emprendimiento (que las prácticas y los usos han creado para responder al impulso innovador y creador) propias del empresario.

La cuestión es si esta proliferación de leyes ha dañado al Código de Comercio, sacándole de su contenido materias clásicas, y si esto ha atentado contra la unidad de contenido y lógica propias de un Código.

Apelar a lo que ha ocurrido en Europa o lo que sucedió en Brasil y Argentina, son solo datos, la pregunta es cómo nuestro ordenamiento jurídico se ha visto perjudicado con esta dispersión normativa que ha quitado vigor al Código de Comercio.

La falta de una legislación comercial armonizada ha creado dificultades para los operadores mercantiles, ejemplo de ello lo encontramos en la dispersión de normas sobre la prescripción; sobre procedimientos; respecto de la apreciación de la prueba.

Desde el ejercicio profesional, desde la academia y desde la judicatura ordinaria y arbitral; se advierte la necesidad de un cambio.

Un Código sin preeminencia sobre las regulaciones especiales carece de toda utilidad y no resuelve el objetivo de dar certeza y seguridad jurídica, en tanto fines del derecho.



“Un código, según la definición de Louis Vogel, es “la presentación sistemática, organizada de manera sintética y metodológica de un cuerpo de reglas generales y permanentes que rigen en una o varias esferas particulares del derecho en un país determinado”.²”

La idea de una recodificación buscaría de forma ordenada, sistematizar y compilar las diversas normas que de manera individual han ido horadando al Código de Comercio.

La recodificación tendría la virtud de ordenar leyes que se refieren a unas mismas instituciones y tienen diferencias o carencias de regulación. Por ejemplo en materia de Títulos Valores, hay varias leyes que los regulan de manera desordenada, incoherente, o sin claridad respecto de la aplicación de los principios. Una recodificación en esta materia permitiría además actualizar el derecho cartular para llevarlo al derecho inmaterial de los títulos electrónicos.

Ejemplos hay muchos y la tarea de la recodificación no debe verse limitada por su extensión. Además, no es eficiente querer hacer un Código que lo abarque todo, ni tampoco recodificar pondrá freno al impulso innovador del emprendedor. Desde luego, la costumbre en silencio de ley será siempre fuente generosa de regulación para derechos y obligaciones, debiendo modificarse la manera de la prueba como sabiamente se hizo en el Libro III, dejándola en manos de peritos y eliminando los inapropiados artículos 4 y 5 actuales.

Se debe ser sincero, del Código de Comercio de Ocampo no queda mucho que lo haga útil y, sin embargo, las leyes especiales que le fueron quitando contenido o que fueron creando nuevas regulaciones, en sí mismas no han podido dar la certeza de una legislación comercial ordenada y por ello contributiva para los operadores del tráfico comercial.

b) Propuesta

En ese orden de ideas es que creemos que en este Código deben incluirse:

i. Normas especiales en materia de contratación; especiales en relación a las reglas generales civiles; la Subcomisión en este sentido manifestó en forma unánime que no es competencia de un Código empresarial la regulación general de los actos y contratos y tampoco las normas sobre formación del consentimiento, hoy alojadas en el derecho mercantil. Se hace urgente una reformulación general de las normas de contratación en materia civil y de formación del consentimiento para poner nuestro ordenamiento al día de lo que ocurre en el ámbito internacional a nivel legislativo y en la práctica nacional a nivel comercial y jurisprudencial. Las normas contractuales propias de un Código empresarial deben solamente regular aquellos asuntos en que éstas sean derogatorias o especiales en relación a

² Citado por el Prof. Gonzalo Figueroa Yáñez, en trabajo de la UDP - CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN, RECODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL, Louis VOGEL, "Le monde des Codes Civils", en Le Code Civil- un passé, un présent~ un avenir, Pans, Dalloz, 2004, p. 790”



las normas generales. Al respecto, el derecho empresarial tiene mucho que aportar en materia de la creación de la circulación de contratos por medios distintos a la cesión normal del derecho civil.

▪ Prevención del profesor Mauricio Tapia.

No soy partidario de quebrar la unidad del sistema civil y comercial, sobre todo considerando que las reglas civiles se diseñaron para contratos libremente negociados y entre partes iguales, que es el paradigma del contrato comercial. Por lo demás, las instituciones que se están incorporando en las reformas de los códigos civiles son aquellas precisamente que reclama el comercio, pues ese es el modelo de negocio que regula. En tal sentido, existen iniciativas latinoamericanas (como los Principios latinoamericanos del derecho de los contratos) y también iniciativas académicas en Chile, tales como las que se comienzan a discutir en el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. A modo ejemplar, estas son algunas de las nuevas instrucciones contractuales que se están incorporando en las reformas de los códigos civiles:

- Reforzar la fuerza obligatoria del acuerdo, la libertad contractual y su corolario el consensualismo, tanpreciado en el comercio.
- Sistematizar en el Código Civil las normas sobre formación del consentimiento que actualmente se encuentran en el Código de Comercio (y, parcialmente, en la legislación sobre consumo y comercio electrónico). Es lo que ocurrió por ejemplo, en la reforma del derecho de los contratos y de las obligaciones de este año 2016 en Francia. Se sintetizan en el Código Civil, de tal suerte de aplicarlas como derecho común a actividades civiles, comerciales y de consumo.
- Regular el periodo precontractual (ruptura abusiva) y los deberes de información, particularmente importante en relaciones entre profesionales y entre profesionales y consumidores.
- Reforzar la buena fe en todas las fases del contrato, e introducir instituciones tales como los actos propios (protección de la confianza) y deberes de lealtad mayores en ciertos contratos de cooperación o intuito persona (deber de consejo, confidencialidad como en UNIDROIT).
- Contratos preliminares, la promesa unilateral, los acuerdos en principio, las opciones o pactos de preferencia.
- Actualizar los vicios, introduciendo como nuevo vicio el abuso de dependencia económica, que ya existe en cierta medida en legislación especial en Chile (ley 20.416).
- Simplificar y actualizar el objeto y la causa, o incluso analizar su pertinencia, introduciendo consecuencias útiles en normas específicas, como la nulidad de cláusulas



accidentales que privan de contenido a la obligación principal o aquellas que vuelven la contraprestación en irrisoria.

- Pertinencia de las buenas costumbres, alcance del orden público.
- Más poderes unilaterales, como en terminación unilateral y excepción de contrato no cumplido, con control judicial.
- Poderes del juez, en el mismo sentido, como en imprevisión o moderación del precio frente a incumplimiento parcial
- Derechos del acreedor: cumplimiento en naturaleza y sus límites, excepción, regular de una vez la resolución, la reducción del precio. Preguntarse por la autonomía de la indemnización.

En ese sentido, es perfectamente posible seguir hablando de un derecho general de los contratos y las obligaciones civiles y comerciales unificado. Como ocurre en el presente, pero modernizado.

Como se aprecia, son todas reformas en torno a tres principios: eficiencia (rapidez, poderes unilaterales, etc.), seguridad (fuerza obligatoria, publicidad, conocimiento de la información) y justicia (reciprocidad, cláusulas nulas, derechos del acreedor, etc.). Todos son valores perseguidos y apreciados por los comerciantes.

Por estas razones, no estoy de acuerdo con crear reglas especiales, de alcance general a todos los contratos comerciales. Sobre todo considerando que al crear reglas especiales, aunque ello sea en principio de forma transitoria mientras no se modifique el Código Civil, ellas pasarán a ser parte del derecho positivo, generarán severos conflictos de aplicación con el derecho común (pues serán necesariamente parcelarias, y éste se aplicará supletoriamente) y provocarán muy probablemente un efecto contrario a la reforma necesaria y urgente del derecho común, bajo el argumento de no ser supuestamente necesarias en atención a la introducción de nuevas reglas en el ámbito comercial.

ii. Regularse los instrumentos de crédito y de pago y su circulación, en tanto instrumentos esenciales para la actividad empresarial;

iii. Regularse todas las personas jurídicas de derecho privado que son instrumentos esencialmente empresariales: sociedades por acciones; en comandita; sociedades personalistas con o sin responsabilidad limitada; cooperativas; E.I.R.L., etc. La Profesora Vásquez señaló que era de la opinión de dejar algo muy preliminar en el Código y tratar a las sociedades en una ley general para uniformar y modernizar su tratamiento.

iv. La regulación de las Prendas sin Desplazamiento.

v. La regulación de Instrumentos Financieros - v.gr swaps- y de los derivados;



- vi. La regulación del Mercado de Valores.
- vii. La Regulación de los Contratos de Distribución.
- viii. Los Mandatos Empresariales.
- ix. Los Seguros, al menos los patrimoniales;
- x. Los Bancos e Instituciones Financieras y con estas las empresa de Factoring y de Leasing y sus operaciones;
- xi. El Transporte Terrestre, Aéreo y Marítimo.

▪ Prevención Prof. María Fernanda Vásquez:

Si bien soy partidaria de unificar algunas materias contractuales entre el ámbito civil y comercial, mientras el Código Civil no de señales de modernización y no exista una real iniciativa en orden a unificar estas material, parece lógico pensar que sea el Código de Comercio el que deba adoptar la misión de abordar algunas materias aún no tratadas por nuestro Derecho Privado patrimonial, ampliamente aceptados en el moderno derecho de los contratos. Sugiero el siguiente desglose:

» Ámbito de aplicación

» Principios del Código de Comercio Principios de buena fe, abuso de derecho, abuso de posición dominante, fraude a la ley, etc.

» De los sujetos del Derecho comercial y del comercio en general:

- Empresario (Distintas variables) y otros sujetos
- Obligaciones. Etc.
- Registro (actualizar tema de registro comercial al formato electrónico)

» Disposiciones generales de los contratos comerciales:

- Formación del consentimiento (Incorporar principios unidroit)
- Principios de la contratación: Ej. Libertad de contratación, buena fe, etc. (unidroit)
- Contratos celebrados por adhesión.
- Tratativas contractuales y contratos preliminares

» De los contratos en particular:

- Contratos de compraventa (Principios CISG).
- Contratos de sociedad y otros contratos asociativos.



- Contrato de seguros.
- Contratos bancarios (Con consumidores y usuarios y contratos en particular)
- Contratos en mercado de valores.
- Contrato de leasing.
- Contrato de factoring.
- Contrato de servicios y obras.
- Contrato de transporte terrestre y marítimo.
- Contrato de mandato.
- Contrato de depósito.
- Contrato de corretaje.
- Contrato de franquicia.
- Contrato de prenda.
- Contrato de arbitraje.
- Contrato de distribución.

» De los títulos valores.

» Derecho concursal.

Algunas de estas materias, por su extensión y complejidad, debieran desarrollarse en leyes generales que uniformen y modernicen su tratamiento (Ej. Ley de Sociedades).

6. Creación de tribunales con jurisdicción especial en materia mercantil.

Lo que a la Subcomisión le ha parecido de especial importancia, es la regulación de la jurisdicción especial. El ámbito de competencia será naturalmente los conflictos entre empresas. Pero hay casos donde se tratará de un conflicto entre un “consumidor” y la empresa (que no será del ámbito de la ley de protección al consumidor) ejemplos: seguros; juicios de cobranza de títulos valores; juicios atinentes a la ley de bancos, etc.. No obstante, hoy una parte importante de estos conflictos son entregados a la jurisdicción arbitral, sin embargo, no hay que perder de vista que para un número significativo de personas el arbitraje es una solución cara, sin perjuicio que es posible idear un sistema de arbitrajes donde los árbitros deban asumir causas menores sin cobrar, o cobrando lo mínimo, si de algún modo se les asegura un total anual que compense.

En este sentido la Profesora Vásquez señaló que: “Esta idea prosperaría en materia de consumo, más no ante contratantes en igualdad de condiciones. Insisto, el sistema arbitral nace bajo la autonomía de la voluntad de las partes. No puede imponerse.”

La necesidad de una jurisdicción especializada surge de la complejidad del comercio moderno y la necesidad de jueces, letrados o no, que entiendan de su funcionamiento y que



fijen fundadamente jurisprudencia que abunde en una mayor -y de mejor calidad- seguridad jurídica.

□ Voto disidente de Prof. M. Fernanda Vásquez Palma

No soy partidaria de una jurisdicción especial en materia comercial. La justicia civil -comercial debiera ser una sola. Lo que debiera cambiarse es la preparación de los jueces en estas materias. El instituto arbitral no puede forzarse. Se trata de un mecanismo que nace a partir de la autonomía de la voluntad de las partes. El forzamiento que actualmente existe es inconstitucional. El anteproyecto de ley que se encuentra en el Ministerio de Justicia sobre este tema, así lo reconoce y deroga gran parte de los arbitrajes forzosos. En algunos países se han instaurado sistemas de arbitraje de consumo que son pagados por el Estado. Esta idea podría replicarse en Chile con el único objeto de brindar celeridad y especialidad a la materia. Debiera ser gratuito para el usuario.

□ Voto disidente del profesor Mauricio Tapia

No estoy de acuerdo con la creación de una jurisdicción especial comercial, por las siguientes razones:

- Ante todo, porque la subcomisión de esta Comisión de Reforma encargada específicamente de esta materia, ha resuelto sugerir no crear una jurisdicción especial;
- Porque la justificación de mayor conocimiento técnico de tales jurisdicciones se entiende en un sistema preferentemente de usos, cuestión que es discutible en un sistema de derecho codificado y minuciosamente regulado como el nuestro, por razones de seguridad jurídica.
- Porque de todas formas todo uso puede acreditarse en el juicio, con las formas probatorias especiales del derecho comercial.
- Porque en la práctica esa función la cumplen en buena medida los centros de arbitraje que ofrecen una justicia rápida y especializada para los contratos de cierta envergadura. En este punto, estoy de acuerdo en instar al desarrollo de estos arbitrajes, siempre con cargo a las partes.
- Porque la reforma procesal civil en preparación despejará de trabajo administrativo-judicial a los tribunales civiles (cobranzas), y pretende que éstos se concentren en conflictos contractuales de responsabilidad, civiles y comerciales no sometidos a arbitraje (por decisión o por recursos), modificando orgánicamente y en procedimientos el sistema, haciendo más expeditas, oportunas y especializadas las decisiones. La reforma a los procesos ya diseñada precisamente se hizo pensando en estos conflictos contractuales civiles y comerciales.
- Porque particularmente hoy en día, por los sucesos recientes, la existencia de una jurisdicción especial comercial, de cargo del Estado, puede visualizarse como un privilegio injustificado y por ello de muy difícil viabilidad política.



- Por último, en materia de consumo, la tendencia es precisamente a hacer aplicables la jurisdicción ordinaria por sobre cualquier arbitraje (salvo contadas y muy justificadas excepciones), que se presentan usualmente como desventajosas, caras e incomprensibles para el consumidor.

VI. ASPECTOS LEGALES EN QUE LA SUBCOMISIÓN HA ESTIMADO OPORTUNO ENTREGAR SU OPINIÓN.

Del contenido de los apartados anteriores se concluyen los aspectos en los que esta Subcomisión ha estimado oportuno entregar su opinión.
